

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN

Scienze Giuridiche

Ciclo XXX°

Settore Concorsuale di afferenza: 12/D1 - DIRITTO AMMINISTRATIVO

Settore Scientifico disciplinare: IUS/10

**Il Partenariato Pubblico-Privato e la sussidiarietà
orizzontale: da principio a modello efficace per lo
sviluppo dei territori e per gli investimenti pubblici
nel tempo della crisi**

Presentata da:

Giovanni Mulazzani

Coordinatore Dottorato

Supervisore

Chiar.mo Prof. Andrea Morrone

Chiar.mo Prof. Marco Dugato

Esame finale anno 2018

INDICE

INTRODUZIONE

p. 06

CAPITOLO I

Le origini e l'evoluzione del PPP tra diritto europeo e diritto nazionale.

- 1.1 La collaborazione tra pubblico e privato: un paradigma di sistema p. 08
- 1.2 Modelli di intervento del potere pubblico: prima e dopo la crisi del 2008 p. 15
- 1.3 Il principio di sussidiarietà, l'affidamento, il dovere di buona fede nel diritto amministrativo p. 30
- 1.4 Profili di diritto europeo nel PPP: dal libro verde 2004 alle direttive 2014 p. 45
- 1.5 Il PPP in Italia: una ricostruzione storica e giuridica del fenomeno..... p. 55
- 1.6 Il PPP nell'ordinamento giuridico francese alla luce delle direttive 2014 p. 66

CAPITOLO II

Le concessioni di lavori, di servizi e le altre esperienze partenariali nel quadro giuridico dei contratti pubblici.

- 2.1 La concessione di lavori tra passato, presente e futuro nel contesto giuridico italiano p. 93

2.2 La concessione di servizi: caratteristiche dell'istituto dalle origini alla direttiva 23/2014/UE.....	p.110
2.3. Trasferimento del rischio al privato: equilibrio finanziario e rischio operativo d'impresa	p.128
2.4 La finanza di progetto nell'ordinamento interno dopo le direttive UE ed il D.Lgs. n. 50/2016	p.144
2.5 Altri strumenti di PPP: locazione finanziaria, contratto di disponibilità, affidamento a contraente generale	p.159
2.6 (<i>segue</i>) interventi di sussidiarietà orizzontale, baratto amministrativo e cessione di immobili in cambio di opere.	p.171

CAPITOLO III

Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali e le fattispecie collaborative nel settore universitario, della ricerca e della sanità.

3.1 La Pubblica amministrazione tra capacità di diritto privato mediante moduli societari e principio di funzionalizzazione dell'attività amministrativa.....	p.174
3.2 Nascita ed evoluzione del modello di PPP istituzionale nel contesto europeo e italiano	p.188
3.3 Le società miste a capitale pubblico-privato per la gestione di servizi pubblici	p.193
3.4 Le Università-Fondazione, le Fondazioni universitarie ed altri strumenti per il PPP nella ricerca scientifica.....	p.206
3.5 Le società di sperimentazione gestionale in sanità e le fondazioni Irccs...	p.223
3.6 La collaborazione pubblico-privato nella legislazione regionale sanitaria in Lombardia ed in Toscana.....	p.237

CAPITOLO IV

Il contratto di sponsorizzazione ed il partenariato pubblico-privato nel settore dei beni culturali, tra società di cultura e fondazioni culturali.

4.1 Il contratto di sponsorizzazione e le forme speciali di PPP nei beni culturali alla luce della disciplina dei contratti pubblici.	p.249
4.2 I contratti pubblici concernenti i beni culturali e l'archeologia preventiva alla luce del D.Lgs. n. 50/2016.....	p.260
4.3 Le sponsorizzazioni ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio e le donazioni liberali	p.267
4.4 La valorizzazione culturale mediante accordi ed altre forme di collaborazione pubblico-privato.....	p.285
4.5 Le Fondazioni culturali pubblico-private e le società di cultura: il caso Biennale di Venezia.....	p.293

CAPITOLO V

Lo stato dell'arte, le potenzialità e le criticità del PPP per gli investimenti e lo sviluppo.

5.1 Il mercato del PPP in Italia: timidi segnali di una lenta ripresa da sostenere	p.307
5.2 La contabilizzazione nei bilanci pubblici del PPP e i vincoli del Patto di stabilità interno	p.316
5.3 Potenzialità e vantaggi, criticità e asimmetrie del PPP, ai tempi della crisi	

..... p.337

CAPITOLO VI

Il principio di sussidiarietà orizzontale: da principio a modello del PPP.

- 6.1 Il principio di sussidiarietà alla prova della dottrina e della giurisprudenza nel processo di costituzionalizzazione..... p.349
- 6.2 Affidamenti, esternalizzazioni e sussidiarietà orizzontale: una pluralità di modelli per diversi approcci metodologici p.373
- 6.3 Sussidiarietà orizzontale e concorrenza: binomio leva per il rilancio del Partenariato Pubblico-Privato p.389

CONCLUSIONI p.396

Bibliografia p.400

INTRODUZIONE

Il presente elaborato intende approfondire il tema del Partenariato Pubblico-Privato (PPP) quale strumento sempre più attuale e rilevante, non soltanto all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale ed europeo, segnatamente per quanto attiene disciplina che concerne i contratti pubblici e le concessioni, bensì quale premessa, oggi più che mai necessaria e strategica per sviluppare azioni e interventi di cui potersi avvalere per affrontare le molteplici e complesse sfide della crisi economica e finanziaria, dominata da stringenti vincoli di finanza pubblica.

Il Capitolo I si soffermerà dapprima sulla natura, le origini e le ragioni della collaborazione tra pubblico e privato e sui principi e valori posti a fondamento delle relazioni tra detti ambiti, passando alla ricostruzione in chiave squisitamente storico-giuridica dei profili identitari del PPP così come si sono sviluppati tanto nel diritto europeo quanto nel diritto interno. Il successivo Capitolo II si concentra sulla dimensione contrattuale della collaborazione pubblico-privato in ambito strettamente contrattuale, dedicando particolare attenzione alle concessioni di lavori, di servizi ed alla finanza di progetto, con un *excursus* dalle origini attraverso un cammino normativo non sempre agevole, fino ai più recenti sviluppi normativi con l'entrata in vigore prima delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE e quindi del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni (d.lgs. n. 50/2016). Il capitolo III è dedicato alle esperienze di collaborazione pubblico-privato istituzionalizzate, quali *in primis* le società miste per gestione di servizi di pubblica utilità, aventi interesse economico generale e successivamente le altre fattispecie collaborative quali le fondazioni per la gestione dei servizi, anch'essi d'interesse generale ma privi d'interesse economico, quali i servizi nell'ambito della sanità, della formazione universitaria e della ricerca scientifica.

Il Capitolo IV avrà ad oggetto le esperienze di PPP sviluppate ai fini della tutela e della valorizzazione dei beni culturali e del patrimonio storico-artistico. Il Capitolo V analizzerà le criticità e le prospettive di sviluppo del PPP quale leva necessaria per favorire e agevolare gli investimenti pubblici in tempi di crisi. Infine, il Capitolo VI dimostrerà come la collaborazione tra pubblico e privato, cristallizzato nel principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, può realmente evolvere da mero principio statico ispiratore delle relazioni tra gli attori istituzionali ed i soggetti privati a modello propulsivo e dinamico di una nuova e

più aggiornata strategia di crescita, per promuovere in modo adeguato ed efficiente lo sviluppo dei territori al tempo della crisi, per favorire gli investimenti pubblici proprio attraverso gli strumenti di PPP.

In un tempo dove la nozione di pubblica amministrazione appare sempre di più declinarsi sul piano economico-finanziario per conformarsi alle previsioni stabilite in sede europea, la *ratio* ultima che deve guidare l'individuazione degli interessi pubblici da perseguire, deve misurarsi necessariamente con i crescenti vincoli di finanza pubblica e quindi non può dunque prescindere dalla valutazione circa la sostenibilità dei predetti nuovi paradigmi di collaborazione pubblico-privato.

CAPITOLO I

Le origini e l'evoluzione del PPP tra diritto europeo e diritto nazionale

1.1. La collaborazione tra pubblico e privato: un paradigma di sistema.

Le dinamiche collaborative tra il potere pubblico ed i soggetti privati sono parte integrante della tradizione giuridica nazionale, quali occasioni finalizzate al perseguimento di interessi pubblici, come si evince chiaramente dalle ricostruzioni storiche dedicate all'evoluzione dello Stato, che può definirsi in senso moderno con l'avvento dello Stato "a pubblica amministrazione", che si affaccia in Francia tra la fine del '700 nel periodo successivo alla rivoluzione, per svilupparsi pienamente nel periodo napoleonico¹. Nell'ordinamento italiano le prime tracce che segnalano l'esistenza di interazioni tra pubblico e privato sono rinvenibili da un lato nelle c.d. articolazioni ministeriali "industrialiste" e nelle Camere di commercio quali strumenti di raccordo tra il potere pubblico e le molteplici realtà dell'industria e dell'artigianato e dell'altro nei servizi di assistenza, svolti dalle Opere pie, quali istituzioni private caritatevoli, perlopiù aventi natura fondazionale, le quali dopo la c.d. Legge Crispi (l. 17 luglio 1890, n.6972), furono assoggettati ad un penetrante controllo da parte dello Stato nell'assolvimento delle funzioni, divenendo istituzioni pubbliche, non in quanto gestite dallo Stato ma per via dell'interesse pubblico perseguito. Da ultimo rivestono una qualifica significativa nell'ottica della collaborazione tra pubblico e

¹ Per una compiuta ricostruzione storica dell'evoluzione della concezione di Stato e della storia delle amministrazioni pubbliche si vedano S. Cassese, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971; Id, *Il diritto amministrativo. Storia e prospettive*, Milano, 2010; G. Melis, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996. Per un *excursus* circa la nascita e l'evoluzione dello Stato "a pubblica amministrazione" segnatamente in Francia ed in Italia si vedano in particolare L. Mannori, C. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma, 2001, 225 ss; S. Sepe, L. Mazzone, I. Portelli, G. Vetritto, *Lineamenti di storia dell'amministrazione italiana (1861-2006)*, Roma, 2007, 43 ss. Per una esaustiva ricostruzione storica dell'evoluzione della concezione di Stato e della storia dell'amministrazione pubblica in Francia si veda F. Burdeau, *Histoire de l'administration française. Du 18e au 20e siècle*, II ed., Paris, 1994; Id, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris, 1995.

privato le Casse nazionali di previdenza, anch'essi enti morali autonomi privi di personalità e di poteri pubblicistici².

La collaborazione pubblico-privato ha assunto crescente importanza, divenendo oggetto di dibattito sia in sede dottrinale sia in sede giurisprudenziale, attraverso i passaggi storici che hanno portato prima alla fondazione e successivamente allo sviluppo del diritto amministrativo³. Quest'ultimo nasce come figlio dello Stato o comunque portato essenziale della sua maturità, in quanto ne costituisce il *prius* logico e storico. Oggi invece, paradossalmente, l'applicazione del diritto amministrativo non coincide più né formalmente né sostanzialmente con il perimetro dello Stato, perché lo supera registrando «(...) un fenomeno di trasposizione di istituti propri del diritto amministrativo in aree nelle quali non c'è una dominanza della figura statale». Tale disallineamento tra l'ambito di efficacia del diritto amministrativo statale e quello allargato alle nuove frontiere, ovvero l'area che annovera al suo interno realtà privatistiche, che prescindono in termini di legittimazione dal medesimo ambito, in quanto ad esso preesistenti, ha determinato una modifica dei moduli e dei modelli di relazione tra la pubblica amministrazione e tali realtà privatistiche. Così sempre di più i soggetti che prima erano considerati esclusivamente destinatari del potere pubblico, sono diventati nel tempo collaboratori e talvolta anche esercenti del medesimo potere, ai fini dell'assolvimento di compiti, prima di esclusiva spettanza del potere statale, nell'ottica della realizzazione dell'interesse pubblico.

Le dinamiche di collaborazione tra pubblico e privato hanno così destato nel tempo crescente attenzione, diventando sempre più paradigma di sistema nel quadro dell'ordinamento giuridico, come hanno confermato le tendenze legislative intervenute negli ultimi anni a ridisegnare, mediante la collaborazione, la cooperazione e l'interazione tra i diversi settori, in un ottica definita contrattualista dalla dottrina, le relazioni, le funzioni e gli obiettivi dell'attività

² Cfr. S. Sepe, L. Mazzone, I. Portelli, G. Vetrutto, *Lineamenti di storia dell'amministrazione italiana (1861-2006)*, cit., 60 ss.

³ Per le origini e lo sviluppo del dibattito dottrinale nell'ambito della scienza del diritto amministrativo in Italia, attraverso i contributi dei principali studiosi si rinvia a *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, in L. Torchia, E. Chiti, R. Perez, A. Sandulli (a cura di), Napoli, 2008; A. Sandulli, *Costruire lo Stato*, Milano, 2009.

⁴ Cfr. S. Cassese, *Verso un nuovo diritto amministrativo?!*, in *www.irpa.eu*, Lezione per festeggiare il 60° anniversario della Scuola di specializzazione in studi sulla pubblica amministrazione - Spisa, Bologna, 26 ottobre 2015. In questo senso anche G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 15 secondo il quale «(...) l'ambito della sfera pubblica non coincide più con quello delle sue tradizionali categorie giuridiche».

amministrativa, ritenendo i soggetti privati sempre di più interlocutori imprescindibili nell'elaborazione delle politiche pubbliche. Tale *modus operandi* che ha permeato con sempre maggiore incidenza le amministrazioni pubbliche, si spiega anche alla luce dell'esigenza fondata di realizzare un contro bilanciamento a fronte della frammentazione organizzativa e funzionale che affligge le medesime strutture amministrative in un ambito attraversato da spinte centrifughe⁵. Ancorché il fenomeno collaborativo tra pubblico e privato non può dirsi operante esclusivamente in determinati settori dell'ordinamento giuridico amministrativo italiano, ma piuttosto è da inquadrarsi come fenomeno diffuso trasversalmente in molteplici settori, vi sono ambiti, come quello dei lavori e dei servizi pubblici, mediante lo strumento della concessione amministrativa⁶, nei quali fin dagli inizi si erano manifestate dinamiche collaborative, che descrivono esperienze emblematiche e dunque paradigmatiche per lo svolgimento di funzioni pubbliche. Tuttavia, la complessità e la molteplicità dell'organizzazione e finanche la frammentarietà, come ricordato, delle strutture amministrative, riflette necessariamente una pluralità in termini di moduli di relazione tra il potere pubblico e i soggetti privati, che non possono esaurirsi appena nella dinamica collaborativa. E' opportuno, infatti, ravvisare che la dinamica collaborativa comprende una serie di moduli relazionali tra il pubblico ed il privato che vengono a declinarsi in base all'intensità del rapporto medesimo che si stabilisce tra il potere pubblico e i soggetti privati. Se, infatti, si guarda alla collaborazione *stricto sensu* si dovrebbe individuare una relazione che produce cooperazione tra

⁵ Per comprendere il fenomeno del contrattualismo, attraverso gli interventi di riforma del settore pubblico, si veda *La pubblica amministrazione in Italia*, in G. Capano, E. Gualmini (a cura di), Bologna, 2006, 15 ss.; L. Bobbio, *Produzione di politiche a mezzo di contratti nella pubblica amministrazione italiana*, in *Stato e mercato*, n. 58/2000, 111 ss; Quest'ultimo, mette in evidenza come «la contrattualizzazione delle politiche pubbliche rappresenta una via di mezzo tra lo Stato e il mercato. E' un modo per risolvere i problemi pubblici senza fare ricorso all'autorità o alla legge, né agli automatismi del mercato, ma piuttosto attraverso l'aggiustamento consapevole degli interessi degli attori in gioco e la ricerca del consenso su obiettivi e strumenti comuni».

⁶ Sulla concessione amministrativa in generale tra tutti si vedano O. Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, pt. I, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur.it*, XLVI, 1894, IV, 7-83; pt. II, *Capacità e volontà nelle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1894, 3-100, 315-372; pt. III, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, ivi, XIX, 1895, 3-107; ivi, XX, 255-337; ivi, XXI, 1896, 77-172, 350-379; ivi, XXII, 1896, 177-277 (ora in *Scritti giuridici scelti*, a cura di E. Ferrari e B. Sordi, Vol. III, Napoli, 1992, 35 ss.); M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative - Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; Più di recente, M. D'Alberti, voce *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. VII, Roma, 1988, 2 ss.; D. Sorace, C. Marzuoli, voce *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Torino, 1989, 280 ss.; B. Mameli, voce *Concessioni amministrative*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, vol. II, Milano, 2006, 1111 ss.; F. Fracchia, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. I, Milano, 2007, 250 ss.

pubblico e privato sulla base di una previsione di legge o di prassi attuativa, al fine di porre in essere un'attività di rilevanza pubblica preordinata al soddisfacimento di un interesse parimenti pubblico.

L'emergenza della complessa e diversificata congerie di bisogni da soddisfare, ha favorito il ricorso, sia alla *fungibilità* delle forme giuridiche amministrativistiche con quelle privatistiche, sia all'*ibridazione* e combinazione di forme giuridiche diversa natura, segnatamente pubblicistica e privatistica, conducendo ad un processo di contaminazione del diritto amministrativo, concepito come branca del diritto pubblico, con elementi giuridici propri invece del diritto comune, attenuando così i confini tra diritto pubblico e diritto privato, che oggi presentano profili distintivi sempre più sfumati. Il processo di contaminazione del diritto privato ha di fatto favorito l'evoluzione del diritto amministrativo verso forme di amministrazione paritaria, soprattutto dopo l'emanazione della l. n. 241/1990 sul procedimento amministrativo⁷, nelle quali il cittadino viene a trovarsi sempre meno in una posizione formale di subordinazione rispetto all'amministrazione pubblica, in quanto gli strumenti di origine privatistica escludono *ab origine*, l'esercizio di potere autoritativo. Di converso, la privatizzazione del diritto amministrativo si porrebbe come risposta a precise e crescenti istanze di semplificazione, buon andamento e dunque maggiore efficienza dell'attività amministrativa⁸.

I processi di privatizzazione delle regole non si svolgono più pertanto seguendo il criterio della "grande dicotomia" tra pubblico e privato, come ebbe a definirla Norberto Bobbio⁹, ma superando tale distinzione si modellano in base ad

⁷ Sul procedimento amministrativo la bibliografia è sterminata, senza pretesa di esaustività si segnalano più di recente A.M. Sandulli, *Il procedimento amministrativo*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. II., 2003, 1035 ss; G. Corso, *L'attività amministrativa*, Torino, 2004; G. Morbidelli, *Il procedimento amministrativo*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, 2005, 530 ss.

⁸ Si veda ampiamente sul punto P. Cerbo, *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Padova, 2007; G. Pastori, *Servizi pubblici nazionali e modelli di gestione fra pubblico e privato*, in V. Cerulli Irelli, G. Morbidelli (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994, 311 ss.

⁹ N. Bobbio, voce "*Pubblico/Privato*", in *Enciclopedia Einaudi*, Torino, 1980, 401 ss. che estende l'assunzione delle categorie a li vello paradigmatico non solo a livello giuridico, bensì anche alla discipline connesse. Infatti, secondo Bobbio la grande dicotomia non inerisce appena alla tutela dei diritti ed alla dichiarazioni degli obblighi ma è grande tanto più quanto è in grado di stabilire «una divisione che è insieme totale, in quanto tutti gli enti cui attualmente e potenzialmente la disciplina si riferisce debbono potervi rientrare, e principale, in quanto tende a far convergere verso di sé, altre dicotomie che diventano rispetto ad essa secondarie» le quali pertanto non possono prescindere da un richiamo alla tensione pubblico-privato. In questo modo tale dicotomia non diventa solo chiave di lettura del diritto ma anche criterio ermeneutico della realtà posta a fondamento del diritto stesso. Muovendo da un'altra prospettiva, oggetto di indagine critica da

approcci di ibridazione o composizione delle regole pubblicistiche e privatistiche nell'ambito dei medesimi istituti¹⁰. In questo contesto, prende forma anche la molteplicità delle possibili relazioni che danno luogo a collaborazione tra pubblico e privato. In via esemplificativa si potrebbe, pertanto, tracciare un quadro sintetico di moduli relazionali tra pubblico e privato, che si articolano sulla base del grado di intensità della collaborazione, individuabili nella separazione, nello scambio ed infine nella cooperazione¹¹.

La dinamica della separazione descrive un ambito in cui le attività d'interesse pubblico vengono svolte in via autonoma da soggetti privati, in grado di rispondere ai bisogni sociali emergenti. Ciò può essere l'esito o di un'operazione di esternalizzazione¹² nella quale l'amministrazione pubblica interviene *ex ante* trasferendo non la titolarità del potere bensì l'esercizio *pro tempore* del medesimo o di una parte di esso a soggetti privati, oppure la medesima amministrazione può

parte di Bobbio, la "grande dicotomia" tra il diritto privato e diritto pubblico può coincidere con quella normativistica tra regole di mera condotta (*nomos*) e regole di organizzazione (*thesis*) come ha sostenuto F.A. Von Hayek, in A. Petroni, S. Monti Bragadin (a cura di), *Legge, legislazione e libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, Milano, 1989, 164. Per un'ampia ricostruzione circa la distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, rivisitata in prospettiva storica, si veda *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Atti del IV Congresso nazionale SIRD Trento, 24-26 settembre 2015, a cura di G. A. Benacchio, M. Graziadei.

¹⁰ Circa la dicotomia pubblico e privato ed il fenomeno della privatizzazione del diritto amministrativo si veda G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, 76 ss.; V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011, 4 ss.; P. Chirulli, *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005.

¹¹ Tale classificazione è stata prospettata da G. Piperata, *Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, 7 ss.

¹² Per un inquadramento sistematico dell'esternalizzazione si veda F. Trimarchi, *Sistemi gestionali e forme contrattuali dell'"outsourcing" nella pubblica amministrazione (Prime riflessioni)*, in *Dir. econ.*, n.1/2002, 1 ss.; A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005; Id., *Sussidiarietà orizzontale e munera pubblici. L'esternalizzazione di funzioni amministrative: verso un'amministrazione in senso sostanziale/funzionale*, Bologna, 2002, 178 ss.; *Le esternalizzazioni*, in C. Mignogne, G. Pericu, F.A. Roversi Monaco (a cura di), Bologna, 2007; *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative nelle pubbliche amministrazioni*, in L. Fiorentino, B.G. Mattarella (a cura di), Rimini, 2007; C. Alberti, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 3-4/2001, 495 ss.; G. Piperata, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2005, 963 ss. Si v. anche IRPA, *Terzo rapporto sulle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2011. L'esternalizzazione o *outsourcing* è qualificabile come una tecnica aziendale della quale si avvalgono le strutture produttive private per gestire compiti e servizi ausiliari o strumentali all'attività d'impresa, più che come istituto giuridico in senso proprio. Tale fenomeno ha avuto di recente una crescente incidenza in termini d'intervento anche nel settore delle amministrazioni pubbliche ed è destinata ad acquisire un ruolo strategico nei processi di innovazione e trasformazione dell'azione dei pubblici poteri. Per esternalizzazione o *outsourcing* è da intendersi il complesso di fattispecie giuridiche mediante le quali l'amministrazione colloca sulla base di una previsione normativa, fuori dalla propria struttura di natura pubblicistica la funzione di soddisfare i bisogni dei cittadini con attività di produzione ed erogazione di beni e servizi al fine di garantire un interesse pubblico.

ingerirsi a valle dell'intervento di quest'ultimo, limitandosi a riconoscere tale apporto collaborativo, senza interferire con l'attività da essi prestata, ed anzi favorendone lo sviluppo. Quest'ultima è l'ipotesi della sussidiarietà orizzontale che nel nostro ordinamento assurge a principio costituzionale¹³. Accanto a tale principio, nella prospettiva della separazione possono ravvisarsi altre forme di relazione tra pubblico e privato, annoverabili nelle categorie rispettivamente della sostituzione¹⁴ e dell'amministrazione condivisa¹⁵ e della co-amministrazione¹⁶.

La dinamica di relazione fondata sullo scambio tra pubblico e privato, prevede che, l'assolvimento dell'attività finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico, permanga in capo al primo, ma ad esito di una procedura di acquisto di prestazioni fornite dal secondo dietro un corrispettivo o altra utilità, nell'ottica di un rapporto contrattuale, fondato sul principio sinallagmatico di prestazione e controprestazione, assolvendo ad una funzione strumentale per soddisfare l'interesse pubblico perseguito dall'amministrazione in via indiretta, mediante l'esecuzione di lavori o l'acquisizione di servizi o forniture. In tale ottica assume centralità la disciplina degli appalti pubblici che ai sensi dell'art. 3 comma 1 lett. uu) del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici e delle concessioni, sono «i contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi».

¹³ Cfr. art. 118, comma 4 Cost. «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

¹⁴ Si veda M. Bombardelli, *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2005, 247 ss. secondo il quale, talune ipotesi di sostituzione amministrativa, che generalmente rimane una prerogativa riservata a soggetti di natura pubblica, atteso il rapporto di sovraordinazione proprio della sostituzione, possono instaurarsi anche con i soggetti privati. In quest'ottica è possibile ritenere che alcuni interventi posti in essere da soggetti estranei alla sfera pubblica, possano qualificarsi come sostitutivi dei compiti spettanti all'amministrazione, configurando ipotesi di esercizio obiettivo di funzione amministrativa. Ricorrono tali ipotesi di sostituzione dei cittadini rispetto all'attività della pubblica amministrativa, ad esempio nella l. n. 241/1990 entrambi collocati nella fase istruttoria. Il primo riguarda la segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) disciplinata all'art. 19 con cui il cittadino sostituisce l'amministrazione producendo *motu proprio* un atto di consenso, nel quale sono individuati e attestati in luogo dell'autorità pubblica, i requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti ai fini dell'inizio di una determinata attività. Il secondo, concerne la dichiarazione sostitutiva di certificazione (c.d. autocertificazione) regolata all'art. 18 mediante la quale il cittadino con proprio atto, sostituisce un atto di certezza dell'amministrazione, nel caso in cui quest'ultima non proceda d'ufficio all'accertamento.

¹⁵ Il termine "amministrazione condivisa" è attribuibile a G.Arena, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997; Id., *Amministrazione condivisa, l'alleanza vincente fra cittadini e istituzioni*, in www.labsus.org, 2011.

¹⁶ Il termine "co-amministrazione" è stato richiamato in un contesto più ampio e con riferimento all'esigenza di rifondare le basi teoriche del diritto amministrativo da F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, 80.

Analogamente a quanto avviene per gli appalti, le amministrazioni pubbliche, al fine di soddisfare sempre per via indiretta l'interesse pubblico, possono avvalersi anche costituire o acquisire partecipazioni in società deputate a svolgere attività a favore, in via diretta, delle amministrazioni medesime e solo in via indiretta della collettività. Ciò è stato possibile, non senza ostacoli da parte del legislatore¹⁷, il quale preoccupato di garantire effettiva concorrenza tra gli operatori economici e sanzionare comportamenti elusivi della disciplina europea, aveva inizialmente legiferato facendo leva sul concetto di strumentalità¹⁸ che intercorre tra le società e le amministrazioni costituenti, perlopiù enti locali o regioni¹⁹, per circoscrivere l'operatività, sul piano territoriale e verso terzi, delle società medesime. Infine, il sistema delle convenzioni e dell'accREDITAMENTO tra amministrazione pubblica e realtà *non profit* o privato sociale, diffuso in particolare nel terzo settore e nella sanità²⁰, risponde alla medesima logica di

¹⁷ Si pensi a titolo esemplificativo alla disciplina di cui all'art. 13 del d.l. 12 aprile 2006, n. 223 (c.d. Decreto Bersani), ora abrogata dopo l'emanazione del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, che prevedeva il divieto per le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività delle medesime e per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative, ad operare *extra moenia* a favore di soggetti terzi non costituenti o partecipanti.

¹⁸ Circa la nozione di strumentalità si veda *ex multis* Cons. St., Sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215; Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3766; Sez. V, 7 luglio 2009, n. 4346 che ritiene soddisfatto tale requisito allorché «l'attività che le società sono chiamate a svolgere sia rivolta agli stessi enti promotori o comunque azionisti della società per svolgere le funzioni di supporto di tali amministrazioni pubbliche, secondo l'ordinamento amministrativo»

¹⁹ Per un'analisi dettagliata in materia di società pubbliche regionali e locali e sui contenuti dell'art. 13 si veda M. Cammelli e M. Dugato, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13, d.l. n. 223/2006*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, in M. Cammelli M. Dugato (a cura di), 2008; D. Florenzano, *Le società delle amministrazioni regionali e locali. L'art. 13 del D.l. 4 luglio 2006 n. 223*, in *Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Trento*, LXXVI, 2008; R. Ursi, *La Corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 11 ss.; A. Bartolini, *Società di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e App.*, 2009, 742 ss; I. Pagani, *Società pubbliche e mercato: quale equilibrio, alla luce dell'art. 13 del decreto Bersani?*, in *Urb. e App.*, 2008, 1173 ss.; G. Caia, *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in *Giust. Amm.*, 2007, 705 ss; D. Masetti, *Le società partecipate dalle Amministrazioni pubbliche regionali e locali ed i loro limiti funzionali*, in www.giustamm.it 2007; D. Masetti, *Le società a partecipazione pubblica nella concorrenza: le condizioni legittimanti per l'ammissione alle gare amministrative (dopo l'art. 13 del « decreto Bersani »)*, in www.giustamm.it, 2008; B. Gilberti, I. Rizzo, *Posizionamento e margini di operatività delle società pubbliche nel mercato*, in *Il Foro Amm. C.d.S.*, 2010, 2511 ss.

²⁰ Sul sistema di convenzionamento nel terzo settore si veda P. Michiara, *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore: considerazioni sulle procedure selettive a concorrenza limitata nell'ambito dei rapporti a collaborazione necessaria*, Roma, 2005; Sul sistema di accREDITAMENTO e convenzionamento in ambito sanitario e assistenziale si veda A. Battistello, *La convenzione tra enti pubblici e soggetti privati in ambito socio-assistenziale*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, n. 12/13, 1998, 1 ss.; C. Corbetta, *I rapporti tra la sanità privata e l'organizzazione pubblica: il sistema di accREDITAMENTO nell'attuale disciplina*, in *Sanità pubblica e privata: rivista mensile per gli operatori*, n.1/2005, 7 ss.

mettere in relazione pubblico e privato per fornire servizi al cittadino nel soddisfacimento di un compito d'interesse pubblico.

Infine, si ricorda anche la dinamica di relazione fondata sulla cooperazione tra pubblico e privato, caratterizzata, rispetto ai due moduli precedentemente accennati, da un maggiore grado di intensità del rapporto collaborativo sempre nell'ottica di realizzazione di un intervento di pubblico interesse. Questo modulo procedurale incentrato sulla collaborazione, che vede la stretta sinergia tra il soggetto pubblico titolare delle funzioni amministrative e le realtà private siano esse singole o associate, viene declinato sia attraverso gli istituti tradizionali tipici di tipo contrattuale, quali possono essere gli accordi amministrativi e le concessioni o di tipo istituzionali quali le società e le fondazioni, sia attraverso moduli più atipici o in alternativa ricorrendo a partenariati pubblico-privati. La collaborazione tra questi ultimi rappresenta, infatti, un "fattore ideale di convergenza sostanziale"²¹ ai fini dell'impostazione e dell'elaborazione delle politiche pubbliche, che si assumono in vista di obiettivi di natura eminentemente politica e che si giocano nell'interazione tra l'estrinsecazione dell'attività amministrativa e la molteplicità degli interessi che si manifestano nella società.

1.2. Modelli di intervento del potere pubblico, prima e dopo la crisi.

Il rapporto tra pubblico e privato ed il suo svolgimento in chiave storica, descrive un indice sintomatico dell'evoluzione degli ordinamenti presenti e futuri, rappresentando una tensione altamente descrittiva del rapporto tra Stato e cittadini.²²In ambito economico le relazioni tra pubblico e privato, ovvero tra l'esercizio del potere pubblico funzionalizzato alla tutela dell'interesse pubblico, secondo il principio di legalità, l'iniziativa e gli interessi espressione dell'autonomia privata, hanno sempre trovato spazi di dialettica, e finanche di contrapposizione, senza mai però abbandonare la volontà di cercare un'intesa e

²¹ L'espressione è di F. Cortese, *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, 35.

²² Così G. Berti, *Introduzione*, in Id., (a cura di), *Rapporti associativi tra amministrazioni pubbliche e imprese*, Bologna, 1994, 11 secondo cui «il procedere per associazione tra pubblico e privato è la caratteristica maggiormente indicativa della transizione tra gli ordinamenti di ieri e quelli di domani».

quindi trovare un momento di sintesi, secondo le esigenze dettate dai mutamenti storici²³.

Il controverso rapporto tra pubblico e privato si è iscritto necessariamente nel rapporto non altrettanto sempre facile relazione tra diritto ed economia. Secondo autorevole dottrina, infatti, il diritto avrebbe un potere d'influenzare le vicende economiche²⁴, che tuttavia manterrebbero una propria autonomia. Prova ne è il fatto che senza il diritto non vi sarebbe un mercato, e il tema delle liberalizzazioni che necessitano di atti di regolazione pubblica²⁵, confermano tale assunto.

Se fino, almeno, alla metà del secolo scorso si poteva registrare l'affermazione ed il dominio sostanziale dell'intervento statale in economia, che agiva direttamente da un lato sopperendo alle debolezze intrinseche ed al fallimento del mercato e dall'altro riequilibrando le sperequazioni sociali, economiche e territoriali, proprio a partire dall'ultimo quarto del XX secolo questa tendenza non solo sembra essersi arrestata ma sembra addirittura invertirsi alla luce di nuovi sviluppi²⁶. Tali sono in sintesi identificabili in una complessiva e

²³ Si veda da ultimo in tema di rapporti tra principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione, F. Astone, F. Martines, *Principio di legalità e attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. econ.*, n. 1/2016, 109 ss, secondo i quali «La legalità amministrativa, invero, è stata per molto tempo intesa come un argine (a volte un vero e proprio ostacolo) al proliferare di fenomeni di invasione del diritto privato nell'area propria del diritto amministrativo, creando inevitabilmente una frizione fra i due ambiti che non ha giovato né all'uno né all'altro ambito. Ma abbandonando il campo della tensione fra i due sistemi (giusprivatistico e giuspubblicistico) ed accogliendo piuttosto un approccio non formale bensì funzionale della legalità è possibile giungere ad una sintesi nella quale trovano soddisfazione tutte le garanzie a tutela delle quali è posto il principio di legalità; a prescindere dalla matrice privatistica o propriamente pubblicistica dell'azione amministrativa (sia in senso soggettivo che oggettivo)».

²⁴ Si veda sul punto F. Merusi, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013.

²⁵ Così M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, 85 secondo il quale «Le liberalizzazioni dei mercati, per realizzare la loro finalità principale, cioè il superamento dei monopoli e l'apertura dei mercati a più operatori, hanno bisogno di misure pubbliche, come le regolazioni cosiddette «asimmetriche», le quali impongono obblighi agli operatori ex monopolisti o di rilevante peso e recano vantaggio ai nuovi entranti, venendo a fornire garanzie sostanziali e non solo formali a un numero più ampio di imprese. Si tratta di misure che non possono provenire spontaneamente dagli operatori».

²⁶ I nuovi sviluppi, in tema di ruolo dello Stato nell'economia, manifestatisi nell'ultimo quarto del XX secolo sono stati indagati e analizzati dalla dottrina compiutamente, per tutti si veda S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma – Bari, 2012, 287 ss., il quale non manca di scorgere ambiguità e contraddizioni in tali nuovi sviluppi osservando che «Se, infatti, è vero che l'unione tiene sotto controllo l'azione degli Stati nell'economia, è anche vero che essa non è ancora riuscita ad affermarsi appieno come federazione di Stati. Se, in secondo luogo, il peso finanziario dello stato si riduce, non si riducono, però, le forze potenti che ne hanno prodotto la crescita (il bisogno di eguaglianza in particolare). La frammentazione, a sua volta, è contestata da chi ritiene che produca decisioni irresponsabili. Se lo Stato regolatore corregge le imperfezioni del mercato, esso è a sua volta, al centro di tensioni che richiedono, a loro volta, correzioni (...). Le privatizzazioni hanno sì prodotto cospicue entrate, ma solo state accompagnate da regimi di preferenza, come la proroga delle concessioni e i poteri speciali dello Stato. Le liberalizzazioni

significativa riduzione del potere statale e una conseguente diminuzione dell'intervento pubblico in economia²⁷. La causa di tale ridimensionamento è da ricercare nell'avvento di un ordinamento giuridico fondato su una pluralità di assetti istituzionali integrati, interdipendenti e multilivello. Si passa dalla sovranità dello Stato a quella dell'Unione Europea (UE) mediante il processo d'integrazione europea, che partiva non dall'unificazione politica, che ancora oggi stenta a decollare, bensì da quella dei mercati. L'UE diventa così progressivamente il referente di ultima istanza delle politiche economico-finanziarie degli Stati membri, (e quindi anche dell'Italia) i quali ne diventano i terminali operativi, cedendo quote di sovranità in favore dell'UE la quale diventa soggetto regolatore della concorrenza nel mercato, di armonizzazione della contabilità pubblica e dei bilanci degli Stati membri, di liberalizzazione dei settori strategici di sviluppo, di controllore circa gli aiuti di Stato alle imprese, di arbitro della competitività nell'accesso al mercato degli appalti pubblici e delle concessioni. Si addivene, inoltre, ad un ordinamento in cui si registra la disintermediazione dello Stato, che rimane ancora il principale intermediario finanziario, ma diminuisce progressivamente la sua presenza in ambito economico. Si assiste al passaggio ad un assetto istituzionale in cui il potere, prima concentrato saldamente nelle mani dello Stato, attraverso le proprie istituzioni, inizia a disaggregarsi, frantumandosi in capo ad una molteplicità di autorità di regolazione del mercato, determinando così il passaggio dal controllo

dell'entrata nei settori prima riservati si accompagnano con pesanti regolazioni dell'attività delle imprese operanti in tali settori».

²⁷ L'intervento dello Stato in economia, è assunto ad oggetto di una specifica disciplina scientifica di ordine giuridico, il diritto pubblico dell'economia, per il quale si veda M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 19 ss, che osserva come «(...) sino alle rivoluzioni borghesi del sec. XVIII gli Stati, che ormai costituiscono la forma assunta dagli ordinamenti generali positivi, si presentano come soggetti che agiscono insieme quali operatori economici diretti (proprietari e imprenditori) e quali autorità pubbliche, che regolano l'attività economica dei sudditi (i componenti l'ordinamento generale) sia con atti imperativi, sia con atti di promozione, aiuto, stimolo, ecc., ossia con atti che non sono qualificabili, negli ordinamenti positivi di allora, come atti amministrativi (...) e non sono né atti autoritativi né atti di diritto privato». Sull'intervento pubblico in economia di veda tra tutti B. Cavallo, G. Di Plinio, *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1993; M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995; P. De Carli, *Lezioni ed argomenti di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1995; G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003; G. Ghetti, *Lineamenti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2001; ; Sui rapporti tra Stato ed economia in Italia si veda G. Quadri, *Diritto pubblico dell'economia*, I ed., Napoli, 1977; G. di Plinio, *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1998; D. Sorace, *Il governo dell'economia*, in G. Amato, A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico, L'azione dei pubblici poteri*, V ed., vol. III., Bologna, 1997, 789 ss; *Diritto pubblico dell'economia*, in M. Giusti (a cura di), II ed., Padova, 1997; M.A. Venchi Carnevale, *Diritto pubblico dell'economia*, vol. I., in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, 1999; *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, in S. Cassese (a cura di), II ed., IV vol., Milano, 2003;

pubblico diretto, quindi in chiave direttiva a quello indiretto, più in ottica conformativa e condizionale alle logiche del mercato. In definitiva, ad una lettura integrata e globale dei fenomeni sopra descritti è possibile registrare un cambiamento di ruolo per lo Stato, che da soggetto imprenditore, diventa sempre di più soggetto regolatore, attesi i processi di liberalizzazione e privatizzazione²⁸ iniziati negli anni '90, che hanno portato in diversi settori, *in primis* quello bancario, assicurativo energia elettrica, gas, trasporti, telecomunicazioni, all'apertura al mercato ed alla trasformazione da enti pubblici economici a società per azioni, determinando unicamente il passaggio da una forma pubblicistica ad una privatistica, ma sostanzialmente in mano pubblica e successivamente anche ad un ingresso totale o parziale di capitali privati nelle medesime compagini societarie. A questo fenomeno di privatizzazioni è corrisposta l'istituzione delle autorità amministrative indipendenti, aventi perlopiù compiti di regolazione nei settori, prima sotto l'egida esclusiva della regia pubblica, in cui risultano operanti le società, a seguito delle privatizzazioni. Se è vero, che da più parti, non senza fondamento, si era paventato il declino della regolazione pubblica e della giuridicità dei rapporti economici a partire dagli anni '80 del XX secolo, a livello nazionale ed internazionale, per molti aspetti in controtendenza rispetto alle politiche perseguite nel periodo compreso tra gli anni '30 e gli anni '70, è parimenti vero che ad una lettura più approfondita delle vicende che avrebbero connotato detto declino, è possibile riscontrare una permanenza estesa della regolazione pubblica. Passando, infatti, in rapida rassegna le diverse fasi storiche si riscontra «(...) una grande continuità nell'azione dei pubblici poteri in campo economico, dagli ordinamenti politici antichi fino ai tempi presenti. Non mancano mutamenti significativi, quanto alla portata che è venuta ad assumere la

²⁸ La letteratura in tema di privatizzazione è molto ampia, tra tutti si vedano S. Cassese, *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 1991, 378 ss.; Id., *Le imprese pubbliche dopo le privatizzazioni*, in *Stato e mercato*, n. 35, 1992, 235 ss.; M. Clarich, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 526 ss.; S. Cassese, *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello stato?*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 1996, 581 ss.; P. Jaeger, voce *Privatizzazioni (profili generali)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXIV, Roma, 1995; G. Di Gaspare, voce *Privatizzazioni (privatizzazione delle imprese pubbliche)*, *ivi*; F. Bonelli, *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996; M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995; E. Freni, *Le privatizzazioni*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, II ed., Milano, 2003, vol. IV., 3947 ss.; F.A. Roversi Monaco, *Gli interventi pubblici in campo economico*, in *Diritto amministrativo*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca (a cura di), vol. II, Bologna, 2005, 71 ss.; A. Ziroldi, *Privatizzazione formale e privatizzazione sostanziale*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, in M. Cammelli e M. Dugato (a cura di), Torino, 2008, 17 ss.;

regolazione pubblica, ma la sua persistenza resta ferma».²⁹ L'attività del potere pubblico, nella fattispecie quella di regolazione, non avrebbe ad avviso di autorevole dottrina, conosciuto momenti di interruzione o periodi di sospensione, ed anzi avrebbe resistito alle diverse evoluzioni storiche succedutesi nei secoli, confermando che più che declino, o arretramento del pubblico potere è possibile parlare di cambiamento di modalità di regolazione dei rapporti economici, di mercato, tra Stato e società, ovvero di attualizzare tale regolazione rispetto alla circostanza storica in base alle sopravvenute e mutevoli urgenze economiche, sociali e politiche.³⁰

A segnare e di conseguenza a (ri)orientare radicalmente gli indirizzi delle politiche e le prospettive degli interventi del potere statale, siano stati in particolare a livello storico la crisi economia avvenuta nel 1929 negli Stati Uniti d'America, e più di recente l'attuale crisi, tuttora perdurante, che si è manifestata nel 2008. L'elemento generativo di entrambe le crisi è di tipo finanziario, individuabile nel crollo delle borse a cui è corrisposta una stretta nella concessione del credito, da parte degli istituti bancari, risolvendosi così in una crisi che dal piano finanziario si traslava anche sul piano economico. Per indagare i modelli pubblici d'intervento precedenti e successivi alla crisi economica del 2008, è d'obbligo accennare brevemente alla dinamica d'intervento pubblico sviluppatasi in costanza della crisi americana del 1929, al fine di poter meglio

²⁹ Così M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, 38.

³⁰ Cfr. M. D'Alberti, *op. cit.*, 38 ss «Fino agli inizi del XVIII secolo, come si è visto, nessun limite giuridico si oppone agli interventi dei pubblici poteri: questi ultimi possono operare tanto come gestori diretti di attività produttive quanto come regolatori. La *lex mercatoria*, dall'XI secolo, apre alle imprese uno spazio di autoregolazione, ma ciò non frena le misure pubbliche, le quali si moltiplicano nel tempo, soprattutto nel periodo che va dal XVI al XVIII secolo, caratterizzato dalle politiche mercantilistiche e protezionistiche. La stessa *lex mercatoria*, a questo punto, comincia a divenire legge dello Stato. Dal Settecento, il riconoscimento sempre più pregnante della libertà economica privata che caratterizza le esperienze del mondo occidentale (...) pone con forza il problema dei limiti all'azione dei pubblici poteri. Emerge la questione del necessario equilibrio fra regola pubblica eteroposta e libertà economica privata. (...) Ma la regolazione dei poteri pubblici continua ad avere estesi spazi nel XIX secolo e dall'ultimo quarto dell'ottocento si espande ancor di più. Alla fine del XIX secolo lo stato borghese a suffragio limitato cede il passo a uno Stato socialmente composito in cui i nuovi gruppi trovano rappresentanza e chiedono ai poteri pubblici un intervento incisivo nei rapporti economici e sociali. (...) Dal chiudersi dell'Ottocento agli anni Settanta del novecento il repertorio delle misure pubbliche viene ad abbracciare tutti i settori economici, conosce strumenti mai prima sperimentati e amplia l'impiego di misure in precedenza utilizzate in modo limitato. (...) Negli anni Ottanta del XX secolo si apre una nuova fase, che è tuttora in corso e che, secondo interpretazioni assai diffuse, costituisce una cesura netta rispetto alla precedente storia del Novecento, venendo a mettere in crisi l'idea stessa di intervento pubblico nell'economia. In realtà, (...) nonostante i molti ripensamenti rispetto alle scelte proprie del periodo dagli anni Trenta agli anni Settanta, nonostante il riemergere della *lex mercatoria*, nonostante lo sviluppo della globalizzazione, nonostante la ripresa delle teorie di liberalismo economico, la regolazione pubblica persiste e mantiene notevole ampiezza e intensità trovando anzi nuovi spazi nella dimensione ultranazionale».

comparare le differenze in termini di approcci metodologici mantenuti dallo Stato nella regolazione dei rapporti economici³¹.

La crisi del 1929, inizialmente registrata negli Stati Uniti d'America, era stata sottovalutata e derubricata a problema di carattere nazionale. Invece, tale fenomeno in breve tempo aveva avuto diffusione su larga scala mondiale, manifestando le maggiori e più evidenti ripercussioni nei due anni successivi, per reiterare nuovamente i propri effetti negativi nell'epicentro americano in corrispondenza del cambio politico dalla presidenza Hoover, repubblicana, a quella Roosevelt, democratica. Tale crisi ha segnato una tappa significativa nella descrizione dei modelli di intervento pubblico nell'economia, i quali si sono caratterizzati per l'avvio, a livello mondiale, di una politica economica impostata in chiave essenzialmente unilaterale, da ciascun governo nazionale. In un primo tempo tale politica era stata restrittiva in ossequio al principio di rigore della finanza pubblica tendente al pareggio di bilancio, operando una riduzione delle spese correnti, al fine di mantenere la fiducia dei mercati, e solo in un secondo tempo espansiva attraverso l'onnisciente protagonismo dell'attore pubblico per favorire lo sviluppo e la ripresa economica, con l'impiego straordinario di risorse pubbliche. Le politiche adottate al fine di fronteggiare la crisi, erano state incentrate da un lato sul protezionismo, attraverso l'applicazione di dazi doganali, per preservare la produzione delle imprese nazionali, e dall'altro sul deciso e stabile intervento pubblico in economia mediante il potenziamento dell'erogazione di aiuti, secondo differenti modalità operative alle imprese³² e l'impulso ad un programma ambizioso di lavori pubblici³³ finanziato attraverso le

³¹ Per un'analisi comparata della crisi economica del 1929 e quella del 2008 si veda A. Tonetti, *Gli aiuti alle imprese e il rilancio dell'economia*, in G. Napolitano (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012, 197 ss.

³² Le misure di aiuto alle imprese constavano di agevolazione per l'accesso al credito ed erano destinati essenzialmente alla difesa delle imprese e delle produzioni nazionali nell'ottica protezionistica. Nel 1933 negli USA veniva approvato l'*Agricultural Adjustment Act* per il sostegno al settore dell'agricoltura, ed in Europa segnatamente in Italia nel 1931 veniva invece varata l'istituzione dell'Istituto mobiliare italiano (IMI) avente funzioni di concedere credito a medio-lungo termine e nel 1933 veniva eretto l'Istituto per la ricostruzione industriale (IRI) avente invece il compito di sostenere gli istituti bancari in difficoltà e acquisire quote azionarie di imprese a rischio fallimento.

Sul rapporto tra Stato, banche e imprese negli anni della grande crisi si veda tra gli altri *Industria e banca nella grande crisi (1929-1934)*, in G. Toniolo (a cura di), Milano, 1978. Per un approfondimento sull'IMI si veda AA.VV., *Banca e società nell'Italia contemporanea: il caso dell'IMI*, Bari, 1977; Per un approfondimento sull'IRI quale modello pubblico di intervento nell'economia dagli anni della crisi fino al suo scioglimento si veda da ultimo *Storia dell'IRI. 5. Un Gruppo singolare. Settori, bilanci, presenza nell'economia italiana*, in F. Russolillo (a cura di), Roma-Bari, 2015.

³³ Nel 1933 negli USA, era stato adottato il *National Industrial Recovery Act* che annoverava anche il *Public Workers Administration*, destinato a sostenere l'occupazione con l'approntamento di un

risorse anch'esse statali, al fine di aumentare la domanda ed accrescere gli investimenti.

Diversa è stata, invece, la risposta e la posizione del potere statale, e quindi dei governi nazionali, davanti all'attuale crisi scoppiata nel 2008, la quale nasceva in un contesto geopolitico ed economico radicalmente diverso da quello in atto negli anni della "grande crisi" del 1929. Mentre all'epoca il *modus operandi* immediato degli Stati si era attestato inizialmente su politiche economiche restrittive, per le ragioni poc'anzi illustrate, davanti alla crisi attuale i governi hanno, invece, almeno fino alla compiuta manifestazione della crisi del debito sovrano, strettamente connessa alla crisi finanziaria ed economica del 2008³⁴, attivato misure espansive accanto a politiche di stabilizzazione del quadro di finanza pubblica. Il primo elemento che segnava una discontinuità con la crisi del 1929, dal punto di vista metodologico, nell'approccio degli Stati nazionali innanzi ai primi segnali della crisi del 2008, si rinveniva nell'immediata consapevolezza che, al fine di fare fronte all'emergenza della crisi, occorreva condividere principi e indirizzi generali³⁵ a livello sovranazionale (più sul versante finanziario che su quello economico) che successivamente sono diventati oggetto di accordo nelle diverse sedi internazionali deputate, quali l'Unione Europea, il G7 ed il G20, e che peraltro non sono stati esenti da critiche³⁶. I principi condivisi a livello internazionale sono innanzitutto quello del mercato e quello della concorrenza,

piano straordinario di lavori pubblici. In Italia gli investimenti nei lavori pubblici tra il 1929 ed il 1932 registravano una crescita significativa (da 1,8 mld a 2,9 mld di lire).

³⁴ Cfr. G. Napolitano, *La crisi del debito sovrano e il rafforzamento della governance economica europea*, in Id., (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012, 383 ss. secondo il quale «La crisi del debito sovrano costituisce uno sviluppo della crisi finanziaria scoppiata nel 2008 e segnala il concreto pericolo di un passaggio da un «fallimento del mercato» a un «fallimento dello Stato». Lo sbilanciamento dell'intervento pubblico sul versante finanziario, unitamente alla bassa crescita, infatti, ha finito per aumentare l'esposizione debitoria degli Stati». Sulla crisi del debito sovrano negli Stati nazionali con riferimento al quadro europeo da ultimo si vedano M.P. Chiti, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra Stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 1ss.; R. Perez, *La crisi del debito pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2016, 669 ss;

³⁵ Cfr. *Declaration* del G20 di Washington 15 novembre 2008 (p.ti 2 e 7), *Statement* del G20 del 2 aprile 2009 (p.ti 6 e 27) *Statement* del G7 14 febbraio 2009 per i quali si vedano i siti www.g20.utoronto.ca e www.g8.utoronto.ca. Per gli indirizzi adottati dall'Unione Europea si ricorda il Piano europeo di ripresa economica proposto dalla Commissione Europea il 26 novembre 2008 e approvato dal Consiglio Europeo nel dicembre successivo per il quale si veda il sito www.eur-lex.europa.eu.

³⁶ Cfr. E. Picozza, *Diritto dell'economia: strumento di unificazione*, in *Dir. econ.*, n. 3/2015, 507 ss.; M. Cafagno e F. Manganaro, *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, in *ivi*, n. 1/2016, 75 secondo i quali «voler rispondere da parte dell'Europa a questa crisi sistemica con i tradizionali modelli di sostegno allo sviluppo, ricorrendo a maggiore o minore liquidità, al controllo dei tassi d'interesse, alla più o meno drastica riduzione del debito pubblico non appare risolutivo, come peraltro dimostra il perdurare della crisi»

intesi in chiave dinamica, tenendo conto delle evoluzioni a carattere macroeconomico, mentre gli indirizzi di politica economica generale sono sintetizzabili nella volontà di varare nel breve periodo interventi di sostegno all'economia, a livello fiscale, e contestualmente introdurre misure nel lungo periodo destinate all'aumento del livello di competitività, preferendo al taglio delle imposte la crescita della spesa, segnatamente per investimenti. La declinazione puntuale delle politiche di sostegno all'economia è rimasta prerogativa esclusiva degli Stati nazionali in conformità ai principi e agli indirizzi generali assunti a livello globale. Tra le misure maggiormente adottate sulla scorta dell'esperienza della "grande crisi" del 1929 veniva confermato l'intervento finanziario pubblico da un lato a favore delle imprese³⁷, fuori però da qualsivoglia logica protezionistica, e dall'altro per la realizzazione delle infrastrutture. L'elemento di forte discontinuità che ha caratterizzato il *modus agendi* dei governi nazionali, rispetto alle emergenze della crisi del 1929, risiedeva nell'adozione di misure volte a rilanciare il settore dell'edilizia privata, mediante la concessione di incentivi sul piano economico, fiscale, e normativo, nell'introduzione di semplificazioni per il settore dell'impresa ed infine nello sviluppo di soggetti istituzionali investitori a partecipazione pubblica. L'approccio adottato al fine di sostenere la realizzazione del Piano europeo di ripresa economica, varato nel dicembre 2008 dal Consiglio europeo, è stato quello di promuovere iniziative in tema di politica di coesione e di gestione ottimale dei fondi strutturali, convogliandoli in larga parte sugli investimenti, in conformità con quanto era stato deciso con la Strategia di Lisbona varata nel 2000³⁸ ed in continuità con quest'ultima, più di recente con Europa 2020³⁹.

³⁷ Nel settembre 2008 gli USA hanno deliberato l'*Emergency Economic Stabilization Act*, che pur concernente il settore bancario ha esteso la propria efficacia nell'ottica di agevolare l'accesso al credito da parte delle imprese. Nel febbraio 2009, è stato approvato anche l'*American Recovery and Reinvestment Act* con precise finalità di sostegno allo sviluppo. In Europa, nel dicembre 2008 come ricordato è stato deliberato il Piano europeo di ripresa economica, attraverso il quale tanto le istituzioni quanto gli Stati nazionali hanno stanziato ingenti risorse complessivamente pari a circa 200 mld di euro (30 da parte delle istituzioni e 170 da parte degli Stati nazionali). A tale piano sono seguiti i diversi interventi di sostegno e di rilancio dell'economia messi in atto da ciascun Paese dell'UE, che nel 2009-2010 segnalano all'interno della propria composizione una decisa prevalenza della componente destinata al welfare (55%) piuttosto che allo sviluppo (45%) e all'interno di quest'ultima una netta prevalenza della componente per le imprese (25%) rispetto a quella per gli investimenti pubblici (20%).

³⁸ Nella sessione del 23-24 marzo del 2000, a Lisbona, il Consiglio Europeo adottava l'obiettivo strategico ha concordato un nuovo obiettivo strategico per l'Unione per il decennio (2000-2010) al fine di sostenere l'occupazione, le riforme economiche e la coesione sociale nel contesto di un'economia basata sulla conoscenza al fine di «diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale». Per le novità introdotte con

Tra le misure più significative attivate per affrontare la crisi del 2008, si ricordano a titolo esemplificativo e non esaustivo gli interventi in forma diretta o indiretta a diversa intensità e gradazione, a sostegno delle imprese. Se gli Stati Uniti d'America dispiegavano ingenti misure di sostegno diretto e indiretto⁴⁰ alle imprese per facilitare in particolare l'accesso al credito, coinvolgendosi in operazioni di salvataggio e ristrutturazione di primarie società facendo ingresso, attraverso l'impegno di finanziamenti pubblici, direttamente nel capitale privato di rischio delle medesime⁴¹, anche l'Unione Europea si faceva promotrice di iniziative analoghe quanto a categorie di azione, ancorché diverse per intensità e gradazione, rispetto a quelle statunitensi, per venire in soccorso del sistema produttivo e industriale, segnatamente nell'agevolazione dell'accesso al credito per le imprese e nella sollecitazione al consumo, al fine di sostenere la domanda. Diversamente dagli Stati Uniti d'America, in Europa proprio in forza della normativa restrittiva vigente, non si sono riscontrati in via generale significativi ingressi pubblici nelle acquisizioni del capitale di rischio delle aziende. A questo assunto, facevano e fanno tuttora eccezione tre Paesi membri dell'Unione Europea, la Francia⁴², la Germania⁴³ e a seguire l'Italia (dal 2011), le quali hanno

Strategia di Lisbona si veda G.P. Manzella, *La politica economica e il governo della moneta unica*, in F. Bassanini e G. Tiberi (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, 289 ss.

⁴⁰ Nel vertice del 17 giugno 2010 a Bruxelles, il Consiglio Europeo approvava la strategia Europa 2020 al fine di aggiornare gli obiettivi di Lisbona 2005. Tale esigenza si poneva per affrontare la crisi economica, derivata dalla crisi bancaria e successivamente culminata con la pressione speculativa sui debiti sovrani di diversi Stati membri dell'eurozona. La strategia Europa 2020 è stata elaborata con lo scopo di rilanciare la competitività e l'occupazione dell'UE, grazie ad una migliore gestione delle problematiche strutturali volta a garantire al contempo la coesione economica, sociale e territoriale dei suoi cittadini. A tal fine, la nuova strategia era stata strutturata per agevolare la transizione da una gestione delle crisi a breve termine verso riforme a medio e lungo termine per la crescita, l'occupazione e la sostenibilità delle finanze pubbliche. Per individuare i tratti evolutivi e di sviluppi nel passaggio dalla Strategia di Lisbona ad Europa 2020, si veda *Dalla Strategia di Lisbona a Europa 2020. Fra governance e government dell'Unione europea*, Melina Decaro (a cura di), Fondazione Adriano Olivetti, 2011.

⁴¹ Tra le misure di sostegno indiretto al settore delle imprese si ricorda l'*American Recovery and Reinvestment Act*, attraverso cui venivano introdotte clausole di privilegio per l'utilizzo di materiali e prodotti nazionali nella costruzione di infrastrutture pubbliche.

⁴² Il Governo statunitense nell'aprile del 2009 ha impegnato circa 50 mld di dollari, acquistando una partecipazione azionaria di controllo (pari al 61%) all'interno della più importante industria del settore automobilistico, *General Motors*. Nel novembre dello stesso anno, il governo ha acquisito una partecipazione rilevante di un'altra primaria impresa del medesimo settore, la *Chrysler* attraverso la sottoscrizione di un prestito obbligazionario del valore di circa 39 mld di dollari. Nella prima metà del 2010 entrambe le case automobilistiche a seguito dell'intervento pubblico di acquisizione hanno cominciato a recuperare margini di operatività, conseguendo utili. Stante la situazione migliorativa, il governo federale ha così in seguito deciso di procedere alla dismissione di entrambi i pacchetti azionari detenuti ricavando da detta operazione un indiscutibile vantaggio economico.

⁴³ E' stato costituito il *Fond stratégique d'investissement*, una società a partecipazione integralmente pubblica, controllata per il 51% da *Caisse des Dépôts* e per il 40% dall'*Agence des participations*

invece attivato su iniziativa governativa, interventi a mezzo di soggetti pubblici finalizzati all'acquisizione di quote di partecipazione in società di capitali privati. Il Governo italiano, sul presupposto di impedire l'acquisizione da parte straniera della società *Parmalat*, ha previsto fuori da ogni logica protezionistica, con il d.l. 31 maggio 2011, n. 34 convertito con modificazioni dalla l. 26 maggio 2011, n. 75, la costituzione, tramite la Cassa Depositi e Prestiti S.p.A⁴ (Cdp), del Fondo Strategico Italiano (FSI) con lo scopo di «(...) assumere partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale in termini di strategicità del settore di operatività, di livelli occupazionali, di entità di fatturato ovvero di ricadute per il sistema economico produttivo del Paese e che risultino in una stabile situazione di equilibrio finanziario, patrimoniale ed economico e siano caratterizzate da adeguate prospettive di redditività»⁵. I modelli d'intervento pubblico sviluppatasi negli Stati Uniti d'America e in Europa, segnatamente in Francia, Germania e Italia, sono quindi radicalmente differenti. Il primo inteso quale intervento a carattere temporaneo ed eccezionale, i secondi quali interventi a carattere stabile ed ordinario.

Al di là dell'efficacia delle politiche messe in atto dagli Stati per affrontare le crisi e dunque degli eventuali riscontri in termini di beneficio ottenuti, è un dato inconfutabile il *revirement* profondo, anzi sotto un profilo e di contesto generale e

de l'Etat, con l'obiettivo di sostenere le piccole e medie imprese e stabilizzare il capitale di società d'interesse strategico mediante l'acquisizione di partecipazioni di minoranza.

⁴ E' stata costituita *KfW Bankengruppe*, istituto bancario interamente pubblico, controllato all'80% dalla Repubblica federale e al 20% dagli Stati federali (Länder), che non contabilizza le proprie operazioni all'interno del bilancio pubblico federale. L'area di intervento comprende il settore delle piccole e medie imprese, le infrastrutture locali e sociali, infine i finanziamenti allo sviluppo, energia e ambiente.

⁵ G. Della Cananea, *Il riordino della Cassa Depositi e Prestiti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1147 ss. ha sostenuto che «La Cassa ha assolto storicamente a un duplice compito, di cinghia di trasmissione della politica finanziaria statale, manovrata dal Tesoro (di cui è stata una direzione generale fino al 1983), e di perno della politica di approvvigionamento di risorse finanziarie da parte degli enti locali». Più di recente M. Macchia, *La Cassa Depositi e Prestiti tra i diritti e le reti*, in *Mumus*, n. 1/2014, 99 ss. ha osservato che «(...) la posizione di Cassa depositi e prestiti è nell'ultimo decennio notevolmente mutata, poiché si è assistito ad un percorso di ampliamento della sua *mission* istituzionale rispetto al ruolo tradizionale di indirizzo e controllo dei fenomeni finanziari pubblici, all'interno del quale la Cassa emetteva obbligazioni per gli enti locali ovvero erogava prestiti per il finanziamento di opere pubbliche, dirette all'esercizio di servizi pubblici aventi valori di mercato (...)».

⁶ Cfr. art. 7 d.l. 31 maggio 2011, n. 34 convertito con modificazioni dalla l. 26 maggio 2011, n. 75. Il successivo d.m. 3 maggio 2011 del Ministero dell'Economia e delle Finanze ha stabilito i requisiti che devono possedere le società oggetto di possibile acquisizione, ed infine la delibera del Consiglio d'Amministrazione di Cassa Depositi e Prestiti ha attivato il Fondo. Tale Fondo controllato all'80% da Cassa Depositi e Prestiti S.p.A e al 20% dalla Banca d'Italia, nell'aprile 2016 ha cambiato denominazione, trasformandosi in Cdp Equity S.p.A (con capitale sociale pari a 3,5 mld di euro e controllata al 100% da Cdp S.p.A) che a sua volta tramite FSI Investimenti (controllato al 77,12% da Cdp S.p.A. e 22,88% da Kuwait Investment Authority) continua a gestire partecipazioni azionarie sistemiche e strategiche (Saipem, Metroweb, Sia e Ansaldo Energia).

di modello di azione dei poteri statuali, il sovvertimento dell'ordine precedentemente invalso, avvenuto a livello metodologico, nell'approccio relazionale dei pubblici poteri con i soggetti privati. Innanzitutto, come accennato in precedenza, se nella crisi del 1929 le risposte fornite dai governi, in termini di modelli di politiche, si erano attestate inizialmente su politiche restrittive, solo successivamente, su politiche espansive con l'intervento diretto e indiretto dello Stato in economia a vari livelli e a diversa intensità a seconda dei contesti nazionali, nella crisi del 2008, i medesimi Stati hanno risposto nell'immediato con politiche espansive. Proprio a questo livello è possibile cogliere innanzitutto un dato che evidenzia un mutamento di contesto generale a livello ordinamentale, ovvero che lo scenario economico internazionale sotteso alla crisi del 1929 era caratterizzato da bilanci statali, privi di alcun vincolo esterno di finanza pubblica, aventi pertanto una capacità espansiva e di spesa, tendenzialmente molto più ampia di quella attuale che invece registra la presenza di stringenti e cogenti vincoli esterni, e dunque più rigidi e orientati al contenimento della spesa pubblica. Da tale contesto generale, è possibile evincere un altro elemento che contribuiva a ridisegnare gli assetti delle relazioni tra pubblico e privato. Se, all'avvento della "grande crisi" si registrava il protagonismo onnisciente e pervasivo dello Stato, che aveva assunto un profilo risolutamente interventista in economia, nella crisi iniziata nel 2008 lo Stato si ritrovava inserito all'interno di un contesto più ampio, caratterizzato da un policentrismo istituzionale sia a livello verticale nella dimensione europea ed internazionale sia a livello orizzontale, con la presenza di altri enti, ad esso interni o esterni, con i quali gli Stati devono necessariamente interagire. Appare evidente, tuttavia, stante il quadro ordinamentale appena descritto, che i limiti esterni sono più cogenti a livello europeo rispetto al livello globale, e pertanto in ragione di ciò «(...) in un contesto competitivo ormai mondiale, si pone con forza il problema delle asimmetrie regolamentari esistenti nello spazio giuridico globale»⁴⁶.

Proprio in ragione dei vincoli esterni posti all'azione dei governi nazionali, e quindi di tale assetto istituzionalmente policentrico, è possibile osservare che mentre nella "grande crisi" l'atteggiamento e le conseguenti politiche degli Stati era stata definita sostanzialmente in via unilaterale, in cui ogni governo agiva *uti singulus*, prescindendo dall'azione degli altri esecutivi, dopo la crisi del 2008

⁴⁶ Cfr. A. Tonetti, *Gli aiuti alle imprese e il rilancio dell'economia*, in G. Napolitano (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012, 245

appariva evidente, anche alla luce del quadro ordinamentale radicalmente modificato, che occorreva una risposta in termini di interventi concertata, non solo a livello finanziario dove sussisteva *ab origine* maggiore integrazione, bensì anche a livello economico (anche se questo è avvenuto solo in parte) e che pertanto ciascuno governo avrebbe dovuto agire *uti universi*, in virtù dei rapporti e nell'ambito dei consessi a dimensione sovranazionale ed internazionale. Proprio in virtù di un'azione congiunta, gli Stati, come ricordato hanno, dopo la crisi del 2008, riconosciuto a livello europeo ed internazionale unanimemente la validità e l'imprescindibilità dei principi di un'economia di mercato fondata sul principio di concorrenza. Agli albori della depressione economica del 1929, invece, la risposta dei governi nazionali, che avevano avvallato l'interventismo statale, era sempre stata affiancata da misure protezionistiche sia all'interno sia all'esterno dei propri mercati. Anche le fattispecie d'intervento pubblico dopo la crisi più recente sono cambiate, diversificandosi sia per tipologia, sia nell'ottica di un maggiore flessibilità, e autonomia negoziale propri del diritto privato in luogo dell'autoritatività propria dell'agire amministrativo esclusivamente pubblicistico, e soprattutto nel coinvolgimento diretto di soggetti e capitali privati. Questi ultimi, infatti, sono stati chiamati a partecipare alla costruzione di risposte per rispondere ai sempre più crescenti e complessi bisogni che promanano dalla società. E' significativa, pertanto, la diffusione a livello mondiale a gradazione ed intensità diversa, non omogenea soprattutto con riferimento al contesto europeo, del Partenariato Pubblico-Privato⁷ (PPP). Ciò è avvenuto nella realizzazione delle infrastrutture e nella gestione dei servizi d'interesse pubblico, delle banche nazionali pubbliche di sviluppo, infine di fondi strategici e di società partecipate anch'essi pubblici che operano a livello economico sul modello dell'investitore privato. E' evidente come la crisi che continua a protrarsi nel contesto europeo ormai da otto anni, abbia contribuito sicuramente a rimettere al centro del dibattito politico il ruolo che può (e che deve) giocare lo Stato, o meglio i pubblici poteri nella regolazione dell'economia. Questi ultimi, a livello europeo hanno dovuto modulare gli interventi e ridefinire le azioni alla luce del contesto che imponeva da un lato stringenti vincoli di finanza pubblica, ovvero limiti esterni, successivamente recepiti nelle legislazioni nazionale, cui i Paesi si sono assoggettati in forza dell'adesione all'Unione Europea e a successivi accordi a

⁷ In realtà il termine è stato utilizzato per la prima volta nell'ambito di progetti e percorsi finanziati nella politica di coesione sociale promossa dall'Unione Europea.

livello comunitario e dall'altro da limiti imposti dalle norme in materia di tutela della concorrenza e di aiuti di Stato. In questo quadro di crisi verticale sulla formazione di capitale fisso lordo del settore pubblico⁴⁸, lo strumento che appare assumere una significativa centralità nel veicolo fondamentale delle politiche pubbliche in economia, è indubbiamente quello delle banche nazionali d'investimento e di promozione, che si pongono per vocazione e per logica di natura, al di fuori del perimetro delle pubbliche amministrazioni e conseguentemente del bilancio pubblico, secondo i principi di contabilizzazione stabiliti nel SEC2010, elaborato da Eurostat. Come ricordato, tali strumenti a partire dal 2008 hanno avuto uno sviluppo pressoché in quasi tutti i grandi Paesi dell'Unione Europea, come la Cassa Depositi e Prestiti⁴⁹ in Italia, la Caisse des

⁴⁸ Cfr. G. Di Vaio, *Capitale pubblico e produttività*, Rapporto sulla finanza locale, a cura di Cassa Depositi e Prestiti S.p.A., 2, 2016, 3 in www.cdp.it secondo cui «Gli anni di crisi hanno inciso anche sulla formazione di capitale fisso lordo del settore pubblico, che in Italia ha subito una considerevole compressione, in maniera analoga a quanto accaduto in altri Paesi europei, a differenza della Germania che invece ha aumentato la formazione di capitale pubblico. Gli investimenti pubblici in Italia si sono ridotti dal 2,9% del PIL nel 2007 al 2,3% nel 2015, perdendo 0,6 punti di PIL. In Francia si sono ridotti dal 3,9% al 3,4% con una perdita di mezzo punto di PIL, mentre in Spagna il calo è stato maggiore, dal 4,6% al 2,5% dando luogo ad una caduta di oltre 2 punti di PIL. (...) La caduta degli investimenti pubblici in Italia si spiega sia da un punto di vista della domanda, poiché la persistente contrazione dell'attività economica seguita alla crisi ha generato un minore fabbisogno di servizi pubblici a livello aggregato, che da un punto di vista dell'offerta, poiché le politiche economiche post-crisi sono state orientate persistentemente al consolidamento fiscale, ai fini del contenimento dei principali saldi di finanza pubblica».

⁴⁹ Sulla natura giuridica della Cassa Depositi e Prestiti si veda innanzitutto Cons. St., sez. VI, 7 agosto 2007, n. 550, con commento di S. Simone, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 155 ss. Secondo i Giudici di Palazzo Spada essa rientra nel novero delle società per azioni di tipo speciale «(...) concepite come articolazioni organicamente collegate, pur senza diventarne enti strumentali, dell'ente pubblico per lo svolgimento di compiti istituzionali allo stesso demandati. La forma societaria, in tal caso, costituisce mero involucro formale, un espediente, cioè, tecnico-giuridico per il conseguimento d'importanti vantaggi, quali la maggiore flessibilità organizzativa, la possibile limitazione della partecipazione pubblica ad una quota del capitale sociale, l'utilizzazione delle esperienze di altri soggetti nella gestione d'analoghi servizi, la possibilità della circolazione del capitale della società». Sull'evoluzione del profilo giuridico, sui compiti e le attività della Cassa Depositi e Prestiti G. Della Cananea, *Il riordino della Cassa Depositi e Prestiti*, cit., 1150 aveva sostenuto dopo l'emanazione del d.lgs. 30 luglio 1999, n. 284 in tema di riordino del medesimo ente che «(...) proprio il d.lgs. n. 284/1999 consente alla Cassa di assumere compiti ulteriori rispetto a quelli istituzionali, avvalendosi di società di capitali, e la veste giuridica che più vi si addice è quella dell'ente pubblico economico» domandandosi in conclusione se «(...) non debba essere anch'essa (la Cassa Depositi e Prestiti) trasformata in società di capitali». Infatti come ha evidenziato M. Macchia, *La Cassa Depositi e Prestiti tra i diritti e le reti*, cit., 99 ss. in tempi più recenti «(...) a partire dal 2003 la Cassa depositi e prestiti si è distaccata definitivamente dall'appartenenza all'apparato ministeriale, assumendo la veste di società per azioni. La sua trasformazione è stata disposta dall'art. 5, d.l. 30 settembre 2003, n. 269. Nondimeno, non sono stati integralmente recisi i legami con l'amministrazione finanziaria statale e permangono elementi di specialità nel regime giuridico di questo organismo. Anzitutto - come emerge chiaramente dallo Statuto - le attività di Cassa depositi e prestiti sono suddivise in due rami: uno tradizionale, che rappresenta la continuità con la missione della Cassa prima della sua trasformazione (gestione separata), e uno innovativo, di finanziamento delle infrastrutture e degli investimenti nei servizi pubblici gestiti da privati o con la partecipazione dei privati (gestione ordinaria). Per quanto riguarda la gestione separata, spetta al Ministero dell'economia e delle finanze un peculiare *potere d'indirizzo*. Ciò si giustifica anche alla luce della scelta di conservare la presenza della

dépôts et consignations in Francia e la Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) in Germania. Si va delineando così una nuova forma strutturata di interventismo economico degli Stati⁵⁰, ovvero la tendenza per i pubblici poteri ad intervenire indirettamente in ambito economico, in *partnership* con i soggetti privati, utilizzando anche talvolta strumenti diretti quali la distribuzione di risorse e l'imposizione fiscale, sollecitando e promuovendo iniziative di mercato, confermando che lo Stato da sé medesimo non riesce più a svolgere individualmente tale compito di regia pubblica. E' da sottolineare che questo nuovo connubio tra pubblico e privato nel mutato contesto economico non va inteso quale sostitutivo *in toto* dell'iniziativa pubblica diretta, perché in alcuni casi al fine della tenuta del sistema l'intervento dello Stato si potrebbe rivelare necessario e l'iniziativa privata insufficiente⁵¹. Nell'attuale contesto economico, anche con riferimento al nostro Paese⁵², l'intervento pubblico non sembra arretrare, quanto a ingerenza nel ciclo economico degli ordinamenti nazionali, rivelandosi assolutamente strategico e rilevante in non pochi casi, anche con riferimento al panorama nazionale⁵³.

Commissione parlamentare di vigilanza, già prevista anteriormente alla trasformazione in società per azioni».

⁵⁰ Si veda A. Tonetti, *Lo Stato promotore e le nuove forme di interventismo economico*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 573 ss.

⁵¹ Così A. Tonetti, *op. cit.*, 574 che ravvisa in queste dinamiche elementi di grande novità, perché «(...) da un lato, hanno una portata generale in quanto rinvenibili in tutti i paesi europei, anche perché sospinte dall'Unione; dall'altro, stanno acquisendo un'intensità mai prima conosciuta, soprattutto a causa del diffuso deterioramento dei bilanci pubblici nazionali».

⁵² Si veda G. Di Vaio, *Capitale pubblico e produttività*, *cit.*, 2, secondo cui «L'Italia è stata colpita più pesantemente rispetto alla media degli altri Paesi dell'Area Euro, dalla doppia recessione 2008-2009 e del 2012-2014. Il double-dip ha fatto sì che dal 2008 - primo anno di crisi - al 2015, l'economia italiana è stata in recessione per cinque anni su otto (...). A partire dal 2015 l'economia italiana è tornata a crescere, anche se debolmente, con un tasso del PIL reale pari allo 0,8%, grazie ai fattori esogeni positivi provenienti dal contesto internazionale, tra cui i bassi prezzi del petrolio, la svalutazione del tasso di cambio e le politiche monetarie accomodanti della BCE, e ai primis segnali incoraggianti relativi alla domanda interna, tra cui la ripresa dei consumi privati e il miglioramento degli indici di fiducia di imprese e famiglie. Nel 2016, tuttavia, alla debolezza della ripresa si è aggiunto un ulteriore elemento di fragilità, causato dall'incertezza nei mercati europei generati dall'esito del referendum sulla "Brexit" (...)».

⁵³ Nel 2015 il salvataggio di quattro istituti di credito segnatamente Cassa di Risparmio di Ferrara, Banca Marche, Banca Etruria e Cassa di Risparmio di Chieti ha visto Cdp S.p.A impegnarsi quale soggetto garante del Fondo di risoluzione in caso di incapienza. Per i profili di diritto amministrativo della vicenda si veda M. Macchia, *Le misure di risoluzione delle banche in crisi: profili di diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 158 ss.. Nel 2016 il medesimo rischio occorso a Banca Popolare di Vicenza e Veneto Banca è stato evitato mediante l'intervento del fondo Atlante, cui ha partecipato anche Cdp S.p.A., costituito ai fini di operazioni di ricapitalizzazione e acquisto di crediti deteriorati. Si è conclusa inoltre la prima fase di cessione dell'Ilva con la presentazione di due cordate di investitori, tra cui spicca anche la Cdp S.p.A. e anche il tema dello sviluppo della banda ultralarga ha registrato un'evoluzione con la conclusione dell'acquisto da parte di Enel S.p.A e Cdp S.p.A di Metroweb S.p.A che ha dato vita alla società OpEn Fiber S.p.A. In tema di finanziamento delle infrastrutture A. Tonetti, *Il finanziamento delle infrastrutture*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 249 ss.

E' quindi possibile, a consuntivo di un percorso evolutivo che ha visto trasformarsi il quadro politico, giuridico ed economico in cui erano chiamati ad operare i pubblici poteri, riscontrare un sostanziale continuità dell'azione dei medesimi in ambito economico. Dopo la "grande crisi" del '29 si registrava infatti una generale espansione della sfera pubblica e la stessa dinamica si è ripetuta immediatamente dopo la crisi del 2008 con lo Stato che ha iniziato ad assumere un ruolo salvifico rispetto al fallimento degli operatori economici e degli intermediari finanziari⁵⁴. Anche l'ambito della regolazione pubblica non ha subito retrocessioni alla prova dei fatti, perché l'impatto delle liberalizzazioni dei mercati e delle *deregulation*, delle privatizzazioni e in ultimo della globalizzazione che hanno inciso sulla regolazione economica, ha messo in crisi i modelli tradizionali di azione dei pubblici poteri, ma in ultimo non ha determinato il tramonto o l'abbandono dell'intervento pubblico, invertendo il processo avviato sul finire del XX secolo⁵⁵. Il ritorno dello Stato ad una centralità di azione, pur se per alcuni aspetti necessario, innanzi alla stagione della crisi economico-finanziaria attuale sembra comunque non avere sortito gli effetti sperati. Ciò in quanto il potere di spesa pubblica⁵⁶ come strumento di sostegno alla domanda e allo sviluppo, risulta condizionato e fortemente contingentato dalla scarsità di risorse *in primis* e dai vincoli esterni di finanza pubblica che affliggono gli Stati (ad esempio nell'eurozona) e nella difficoltà crescente degli stessi ad esercitare in modo coerente e efficace le proprie prerogative di regolazione in un mercato, stante la concorrenza in atto tra ordinamenti giuridici.

⁵⁴ Cfr. G. Napolitano, *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1083 ss. Per quanto riguarda la disciplina d'intervento dello Stato nel settore bancario alla luce della crisi finanziaria globale si veda il commento di B. Raganelli, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 773 ss;

⁵⁵ Così M. D'Alberti, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, 85

⁵⁶ In Italia, nonostante l'azione di contenimento dei saldi di finanza pubblica e la riduzione in termini nominali del valore della spesa pubblica, come ha osservato G. Di Vaio, *Capitale pubblico e produttività*, cit., 5 «(...) le uscite totali della PA sono cresciute più che proporzionalmente rispetto al PIL negli anni seguiti alla crisi. Secondo il Conto economico consolidato delle Amministrazioni Pubbliche rilasciato dall'Istat, la spesa pubblica complessiva in Italia è aumentata da circa 753 miliardi di euro nel 2007 a oltre 826 miliardi nel 2015, passando da 46,8% del PIL a 50,5%. Nel 2015, tuttavia, il rapporto spesa pubblica / PIL è risultato in calo rispetto al 2014, anno in cui aveva raggiunto il 51,2% il dato più alto dal 1997 ad oggi, realizzato in precedenza soltanto nel 2009(...) In termini nominali, la spesa corrente della PA è aumentata di circa il 12% nel periodo 2007-2015, mentre gli investimenti pubblici si sono ridotti, nello stesso arco temporale, di circa il 20%. Nel 2015, per la prima volta nell'ultimo quinquennio, si è registrata un'inversione di tendenza. Gli investimenti pubblici, infatti, sono cresciuti a un tasso pari a circa l'1%, rispetto all'anno precedente».

1.3. Il principio di sussidiarietà, l'affidamento ed il dovere di buona fede nel diritto amministrativo.

La crisi, o comunque la nuova ponderazione circa il *modus operandi* tradizionale dei poteri pubblici, in un contesto generale radicalmente differente quanto a quadro politico, giuridico ed economico, ha segnato maggiormente Paesi, quali l'Italia, che avevano fondato il proprio patto costituzionale sullo Stato sociale di diritto. La scarsità di risorse, la crisi economica, unitamente agli stringenti vincoli di finanza pubblica hanno di fatto, non soltanto contribuito a ridisegnare il perimetro dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e dell'intervento dei pubblici poteri, ma anche a ricercare nuovi, più aggiornati e più adeguati spazi, modelli ed equilibri di relazione, in chiave collaborativa, tra la sfera pubblica e la società civile. A fronte di tali epocali cambiamenti, a favore dei quali hanno giocato sicuramente un ruolo tutt'altro che secondario, l'avvento della globalizzazione⁵⁷ sul piano economico e la crisi sostanziale del principio di legalità⁵⁸ sul piano giuridico, è piuttosto complesso e forse oggi del tutto inutile ai fini di ricercare una chiave di lettura unica, interrogarsi circa l'arretramento o la (ri)espansione della sfera pubblica da un lato o di converso l'ampliamento o la

⁵⁷ Sulla globalizzazione la letteratura è sterminata. Si veda tra tutti J. E. Stiglitz, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, 2002; V. Li Donni, *Governare la globalizzazione. Gli Stati moderni di fronte alla sfida del mercato globale*, Padova, 2000; M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000; Id., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002; D. Zolo, *Globalizzazione: una mappa dei problemi*, Roma-Bari, 2004; J.B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, II ed., Paris, 2010. Da ultimo si veda G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia semi-globalizzata. L'impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2014, 39 ss. che ripropone la nozione di semi-globalizzazione richiamandosi alla teoria avanzata da P. Ghemawat, *Ridefinire la globalizzazione*, Bologna, 2009 e sostenendo che «L'attuale contesto è caratterizzato da un insieme di sistemi economici e istituzionali in competizione fra loro che non sono più chiusi ma hanno un determinato grado di permeabilità e di capacità di penetrazione negli altri sistemi. È più esatto quindi parlare di una "economia semiglobalizzata", con tutte le avvertenze prima indicate per cui il "semi" non sta a determinare una percentuale numerica ma solo che ogni sistema ha in parte il carattere di apertura e della penetrabilità, in parte quello della chiusura e della permeabilità».

⁵⁸ Sul principio di legalità i riferimenti bibliografici sono amplissimi, si veda tra i più rilevanti S. Fois, voce *Legalità (principio della)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973; F. Satta, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969; C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982; R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990; S. Cognetti, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, 1993; F. Manganaro, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli, 2000; N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; M. Magri, *La legalità costituzionale dell'amministrazione*, Milano, 2002; M.P. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino, 2004; F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007; M. Tucci, *L'amministrazione tra pubblico e privato e il principio di legalità*

restrizione dell'azione dei soggetti privati⁹. Permane pertanto indifferibile l'esigenza di ricercare modelli di relazione tra pubblico e privato che possano non solo documentare un principio statico valido nel tempo presente, sicuro ancoraggio delle politiche pubbliche, ma anche prospettare un modello sviluppo in chiave dinamica e necessariamente evolutiva, nelle relazione tra pubblico e privato. In questo contesto ha assunto valenza specifica il principio di sussidiarietà¹⁰ che ha trovato riconoscimento prima nell'ordinamento europeo nella sua accezione verticale¹¹, descrittivo del rapporto tra ordinamento europeo e

dall'antichità ai giorni nostri: aspetti ricostruttivi e prospettive di sviluppo, Milano, 2008; F. Merusi, *La legalità amministrativa: altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012.

⁹ Sul punto si veda G. Napolitano, *Espansione o riduzione dello Stato? I poteri pubblici di fronte alla crisi*, in Id., (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012, 473 secondo il quale «I confini tra settore pubblico e settore privato registrano continui avanzamenti e arretramenti. Tutto ciò spiega perché sia sempre più difficile tracciare il perimetro della sfera pubblica e profetizzare l'espansione o, all'opposto, la riduzione dello Stato». Sul dibattito circa il presunto arretramento della sfera pubblica si veda anche M. Mazzamuto, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000; in chiave critica si veda M. Dugato, *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, 2002, 169 ss.

¹⁰ Sul principio di sussidiarietà nell'ordinamento interno la letteratura giuridica è molto vasta, tra tutti si vedano le opere monografiche senza alcuna pretesa di esaustività di F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, cit.; A. Poggi, *Le autonomie funzionali "tra" sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001; G. Cotturri, *Potere sussidiario. Sussidiarietà e federalismo in Europa e in Italia*, Roma, 2001; P. Vipiana, *Il principio di sussidiarietà "verticale". Attuazioni e prospettive*, Milano, 2002; P. De Carli, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, 2002; A. Moscarini, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova, 2003; C. Millon-Delsol, *Il principio di sussidiarietà*, a cura di M. Tringali, Milano, 2003; I. Massa Pinto, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; D. D'Alessandro, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004; P. Duret, *Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, Padova, 2004; M. Abrescia, *Il principio costituzionale di sussidiarietà*, Bologna, 2005; L. Antonini, *Sussidiarietà fiscale. La frontiera della democrazia*, Milano, 2005; G. Arena, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare all'Italia*, Roma-Bari, 2006; T.E. Frosini, voce *Sussidiarietà (principio di)* (*dir. cost.*), in *Enc. Dir. Annali*, vol. II., t. 2, Milano, 2008; D. Donati, *Origini, connessioni e interpretazione del principio di sussidiarietà orizzontale nell'ordinamento italiano*, in D. Donati e A. Paci (a cura di), *Sussidiarietà e concorrenza*, Bologna, 2010; D. Donati, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie*, Bologna, 2013.

¹¹ La letteratura sul principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario è vastissima, *ex multis* si vedano P. Caretti, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, n.1/1993, 15 ss.; G. Strozzi, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 59 ss.; M.P. Chiti, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.* 1995, 505 ss.; A. Tizzano, *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà*, in *Dir. un. eur.*, 1997, 229 ss.; G. D'Agnoles, *La sussidiarietà nell'Unione Europea*, Padova, 1998; P. De Pasquale, *Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2000; V. Guizzi, voce *Sussidiarietà (dir. CE)*, in *Enc. giur.*, Roma, 2000, 1 ss.; L. Sico, voce *Principio di sussidiarietà (diritto comunitario)*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 1062 ss.; F. Ippolito, *Fondamenti, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione europea*, Milano, 2007; F. Pizzetti, *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà*, in F. Bassanini, G. Tiberi, *La Costituzione europea. Un primo commento*, Bologna, 2004, 81 ss.; Il principio di sussidiarietà viene formalizzato nell'ordinamento comunitario, inizialmente con la promulgazione del Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992, all'art. 3B (oggi all'art. 5 comma 3 del Trattato sull'Unione Europea) attiene ai rapporti allocativi delle funzioni tra i diversi livelli istituzionali, segnatamente quello europeo e quello degli Stati membri, prevede che «In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non

ordinamenti interni degli Stati membri dell'UE e dopo anche nell'ordinamento interno in entrambe le sue declinazioni tanto nell'accezione verticale, ovvero descrittiva del rapporto tra lo Stato e le articolazioni istituzionali, anche quelle dotate di autonomia legislativa ovvero le regioni, nonché le province, le città metropolitane ed i comuni, quanto nell'accezione orizzontale. Secondo quest'ultima la sussidiarietà inerisce al rapporto tra lo Stato ed i cittadini siano essi singoli siano essi nelle formazioni sociali ove si svolge la loro personalità come prevede l'art. 2 Cost, «con l'esplicito intento di lasciare più spazio possibile all'autonomia privata riducendo così all'essenziale l'intervento pubblico»⁴². Proprio all'articolo 2 Cost. ha trovato piena consacrazione (ma poi è rimasto inattuato per molto tempo⁴³ almeno fino all'avvenuta costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà con la riforma del titolo V della Costituzione nel 2001 di cui si tratterà *funditus* nel capitolo VI) il principio del pluralismo sociale cardine dell'affermazione del primato della persona e dei suoi inalienabili diritti, che posto in stretta correlazione con il principio di sussidiarietà orizzontale realizza un modello che mette al centro la libertà della persona nelle sue molteplici occasioni di manifestazione⁴⁴. Rimane aperta la questione circa l'incertezza dei profili

sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione». Tale principio si declina in un senso negativo ovvero nell'impedire che l'unione Europea intervenga quando gli Stati membri sono in grado di perseguire in via autonoma determinati obiettivi ed uno positivo che prevede invece l'intervento dell'Unione Europea quando per contro gli Stati membri non sono in grado di raggiungere i medesimi obiettivi. Secondo G. Tesauro, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, 99 il principio di sussidiarietà «formalmente definito dal Trattato di Maastricht, non ne costituisce, in verità una creazione originale (...) al di là della sua formalizzazione ha rappresentato un fondamentale canone non scritto cui si è ispirata per quarant'anni la prassi normativa della comunità». Infatti tale principio era già presente nella Carta europea delle autonomie locali redatta dal Consiglio d'Europa e firmata a Strasburgo il 15 ottobre 1985.

⁴² T.E. Frosini, voce *Sussidiarietà (principio di) (dir. cost.)*, in *Enc. Dir. Annali*, vol. II., t. 2, Milano, 2008, 1136.

⁴³ Di questo avviso è G. Pastori, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: l'attuazione del pluralismo sociale nel trentennio repubblicano*, in *Il pluralismo sociale nello stato democratico*, Milano, 1980, 83 ad avviso del quale l'art. 2 Cost. sia stato «nella storia legislativa, parlamentare e di governo di questo trentennio un articolo "difficile", che annovera più episodi di non attuazione, si potrebbe dire di elusione o di accantonamento, che momenti di positivo adeguamento»

⁴⁴ Tale principio emerge in maniera evidente nelle parole di Giorgio La Pira, membro dell'Assemblea costituente, riportate da U. De Siervo, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: presupposti teorici e soluzioni nella Costituzione italiana*, in *Il pluralismo sociale nello stato democratico*, Atti del corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica, Ferrara, 7-12 settembre 1980, Milano, 1980, 68-69, secondo il quale «lo Stato non è tutta la società, ne è una delle forme sociali nelle quali si articola l'organismo sociale» in quanto non c'è solo lo Stato, «ma c'è anche la società economica, c'è la società religiosa e familiare e così via», allora deve riconoscersi che «lo Stato è l'assetto giuridico di tutte queste società ma non le assorbe: soltanto le dirige, le coordina, le integra e, dove è necessario, le sostituisce».

definitori⁶⁵ e quindi l'ambiguità del principio di sussidiarietà, anche per la sua natura qualificata da una parte della dottrina come procedurale e da altra parte della dottrina come sostanziale⁶⁶. Attesa la natura del principio di sussidiarietà ad essere polisemico, si è posta di conseguenza l'esigenza di definire l'effettiva consistenza dello stesso sul piano giuridico e dunque della sua concreta potenzialità, ancorché il medesimo sia assunto a principio costituzionale, e abbia nondimeno trovato ampio spazio nel dibattito storico, filosofico, politico e sociale⁶⁷. I fondamenti storici e filosofici del principio di sussidiarietà affondano le radici nella tradizione di tre filoni fondamentali di pensiero: il pensiero cattolico, quello liberale e quello federalista⁶⁸, i quali hanno posto nel corso dei secoli alla base di tale principio sistemi assiologici differenti e non perfettamente sovrapponibili. Procedendo con ordine il primo filone di pensiero che ha contribuito alla formazione di tale principio è quello del pensiero cristiano in materia sociale. Alcune tracce di riflessione in ordine a tale principio si ritrovano con riferimento alla declinazione in materia sociale elaborata dalla filosofia aristotelica, successivamente mutuata e ripresa dalla filosofia scolastica attraverso Tommaso d'Aquino, con l'elaborazione del fondamento metafisico del concetto di persona che diveniva un ancoraggio saldo del principio di sussidiarietà⁶⁹. L'esplicita enunciazione è dovuta all'influenza esercitata dalle dottrine elaborate

⁶⁵ Così S. Cassese, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro.it*, 1995, V, 373 ss., secondo cui la sussidiarietà è un «principio ambiguo, con almeno trenta diversi significati, programma, formula magica, alibi, mito, epitome della confusione, fogli di fico».

⁶⁶ Per la distinzione del principio di sussidiarietà quale criterio procedurale o sostanziale si veda A. Poggi, *Principio di sussidiarietà e il "ripensamento" dell'amministrazione pubblica: spunti di riflessione sul principio di sussidiarietà nel contesto delle riforme amministrative e costituzionali*, in *Scritti in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, 2005, 1103 ss. Per l'interpretazione in senso procedurale inteso quale preferenza per un soggetto territoriale o funzionale ad altro soggetto territoriale o funzionale si vedano G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, *Dir. pubbl.*, 2002, 5 ss.; C. Marzuoli, *Istruzione e "Stato sussidiario"*, in *ivi*, 117 ss.; Per l'interpretazione in senso sostanziale si vedano G. Pastori, *La sussidiarietà orizzontale alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative* in A. Rinella, L. Coen, R. Scarciglia (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*. Padova, 1999, 171 ss.; P. Ridola, *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralistica* in A. A. Cervati, S. Panunzio, P. Ridola (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, 2001, 198 ss.

⁶⁷ Si veda tra tutti T.E. Frosini, voce *Sussidiarietà (principio di)* (*dir. cost.*), *op. cit.* 1133 ss; P. Duret, *La sussidiarietà "orizzontale": le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, 95 ss; Per approfondimenti si veda anche M. Renna, *I principi di sussidiarietà, adeguatezza, e differenziazione*, in M. Renna e F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 283 ss.

⁶⁸ Così A. D'Atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, *Quad. cost.*, 2001, 14. Per una declinazione del principio di sussidiarietà nell'ottica della prospettiva federalista si veda F. Vecchio, *Declinazioni costituzionali del principio di sussidiarietà*, in C. Magnani (a cura di), *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, Torino, 2007, 173 ss.

⁶⁹ Si veda G. Feliciani, «Sussidiarietà», in *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa*, Milano 2004, 88.

da alcuni studiosi tedeschi⁷⁰ e può rinvenirsi precisamente nella formulazione classica fornita per prima nel 1931 dalla Lettera Enciclica *Quadragesimo anno*⁷¹ di Papa Pio XI, anche se tracce del medesimo principio potevano rinvenirsi già nella prima Lettera Enciclica sociale *Rerum Novarum*⁷² di Papa Leone XIII del 1891. Pur se tale principio assume una valenza ordinatoria della società rivestendo, infatti, carattere normativo, esso non scaturisce da una fonte normativa bensì da una precisa concezione antropologica, fondata sul principio personalistico, ovvero relativo alla dimensione necessariamente sociale dell'essere umano, inteso come persona che preesiste allo Stato e quindi lo precede dal punto di vista etico e storico⁷³. Anche nelle successive pronunce del magistero pontificio⁷⁴ e nello sviluppo del pensiero cattolico del '900 la sussidiarietà ha mantenuto una centralità rilevante nella dottrina sociale della Chiesa Cattolica⁷⁵ ed ha continuato a rappresentare un principio cardine e un canone ermeneutico di interpretazione ordinatorio dei rapporti politici e sociali, economici tra Stato e società, tra potere pubblico e cittadini. Il significato essenziale del principio di sussidiarietà, così come emerso nel pensiero sociale cattolico da un lato descrive la connessione inscindibile tra questo principio, la libertà e dignità della persona. Dall'altro esso descrive la relazione tra il medesimo principio e la solidarietà nella prospettiva dello sviluppo integrale dell'uomo, della famiglia, della società, e dei suoi corpi intermedi. Il secondo filone che ha inciso profondamente nell'affermazione del

⁷⁰ Si fa riferimento in particolare al pensiero elaborato dai religiosi Heinrich Pesch, di Emmanuel Von Ketteler e soprattutto di Gustav Gundlach, uno dei redattori della *Quadragesimo anno*.

⁷¹ Pio XI, *Quadragesimo anno*, Roma, 15 maggio 1931, n. 80 secondo cui «(...) siccome è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere a una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare. Ed è questo insieme un grave danno e uno sconvolgimento del retto ordine della società; perché l'oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le membra del corpo sociale, non già distruggerle e assorbirle».

⁷² Leone XIII, *Rerum novarum*, Roma, 15 maggio 1891, n. 34 secondo cui «(...) sarà più opportuno riservare la decisione ai collegi di cui parleremo più avanti, o usare altri mezzi che salvino, secondo giustizia, le ragioni degli operai, limitandosi lo Stato ad aggiungerli, quando il caso lo richiede, tutela ed appoggio».

⁷³ Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, vol. I, q. 29, a. 3 per il quale «il termine persona indica quanto di più nobile c'è nell'universo, ovvero un essere sussistente di natura razionale».

⁷⁴ Si fa riferimento alle successive lettere encicliche, Giovanni XIII, *Mater et magistra*, Roma, 15 maggio 1961; Id., *Pacem in terris*, Roma, 11 aprile 1963; Paolo VI, *Populorum progressio*, Roma 26 marzo 1967; Giovanni Paolo II, *Centesimus annus*, Roma 1 maggio 1991; Benedetto XVI, *Deus caritas est*, Roma 25 dicembre 2005;

⁷⁵ Cfr. Pontificio Consiglio della giustizia e della pace, *Compendio della Dottrina sociale della Chiesa*, Città del Vaticano, 2004; Id., *Dizionario di Dottrina sociale della Chiesa*, in G. Crepaldi e E. Colom (a cura di), Roma, 2005; G. Filibeck, *I diritti dell'uomo nell'insegnamento della Chiesa. Da Giovanni XIII a Giovanni Paolo II*, Città del Vaticano, 2005.

principio di sussidiarietà è quello relativo alla tradizione del pensiero liberale⁷⁶ ed in quello federalista, quest'ultimo, tuttavia, attiene soprattutto al profilo verticale che non sarà oggetto di indagine specifica della presente trattazione. In risposta, infatti, alle tendenze storiche assolutistiche, verso la fine del XVII secolo, furono elaborate teorie politiche proprie del liberalismo politico, che interpretavano la sussidiarietà quale limite all'ingerenza del potere statale contro l'individuo e in risposta alle tendenze statocentriche furono elaborate teorie economiche proprie del liberalismo economico fondate sulla sovranità del mercato quale limite a quella dello Stato. Il liberalismo politico esplicitato dal pensiero di John Locke e Johannes Althusius⁷⁷ e quello economico manifestato nel pensiero di Adam Smith⁷⁸ era fondato essenzialmente sul principio individualistico sia sotto il profilo dell'autodeterminazione sia sotto quello dell'indipendenza dell'individuo. Infatti, secondo tali teorie, solo in una società di individui intesi singolarmente, il mercato avrebbe potuto assolvere alla propria missione di regolazione dei rapporti sociali. In questo quadro nessuno spazio era dunque riservato all'individuo inteso nella dimensione pluralista, associativa e sociale, in quanto tale presenza avrebbe favorito il corporativismo che avrebbe costituito elemento ostativo al corretto funzionamento del mercato. In questo contesto solo l'individuo era titolare di diritti originari inviolabili, mentre lo Stato era un'istituzione derivata e poco più che tollerata, che aveva il limitato compito di garantire la libertà del mercato e dell'individuo, astenendosi da qualsiasi intervento diretto o indiretto atto a ingerire nella dinamica del libero mercato e nella libertà dell'individuo. Per questo gli unici due soggetti riconosciuti erano lo Stato e l'individuo, in quanto si rifiutava la mediazione dei corpi intermedi espressione di una visione comunitaria della società propria invece della tradizione cristiana. Il principio di sussidiarietà si affermava così nell'ottica liberale, quale espressione del principio astensionista dell'azione dei pubblici poteri, salvo che per tutelare la libertà del mercato e le libertà personali.

In conclusione, il principio di sussidiarietà nella sua duplice valenza di significato fondata sul binomio verticalità-orizzontalità, si è collocato nell'assetto dell'ordinamento giuridico proprio di una democrazia pluralista, dedicati al

⁷⁶ Per un approfondimento sulla storia e lo sviluppo del pensiero liberale si veda G. De Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo*, Bari, 1984; G. Bedeschi, *Storia del pensiero liberale*, ivi, 2005.

⁷⁷ Si vedano le opere classiche di J. Locke, *Il secondo trattato sul governo (1690)*, Milano, 1998 e di J. Althusius, *Politica Methodice Digesta (1603-1614)*, Napoli, 1980.

⁷⁸ A. Smith, *Ricerche sopra la natura e le cause della ricchezza delle nazioni (1776)*, Torino, 1958

decentramento istituzionale e all'autonomia sociale privata, ispirando un processo di socializzazione dei poteri pubblici». In quest'ottica tale principio rappresenta una dinamica collaborativa paradigmatica tra pubblico e privato, ponendosi come fattore di composizione delle tensioni e dei conflitti, prospettando una nuova, più adeguata e flessibile concezione dello Stato, della sua organizzazione e dei suoi presupposti di azione, e di relazione nei confronti della società, in un'ottica di azione congiunta per il perseguimento del bene comune. Infatti, «lo Stato diventa il modo con il quale le persone e le forze sociali organizzano la propria vita ai fini di una convivenza che sia tale da aiutare e potenziare la loro libertà e non un mero “guardiano” neutrale e indifferente degli equilibri del libero mercato»¹⁰. La sussidiarietà non si afferma, infatti, come paradigma in termini assoluti e rigidi, ma anzi contiene in se stessa tutti gli strumenti utili alla propria evoluzione a seconda dei contesti in cui è chiamata ad operare¹¹. E' possibile in sintesi concludere che il principio di sussidiarietà non rappresenta appena una chiave di lettura delle teorie circa l'allocazione e il decentramento delle funzioni amministrative o di relazione tra pubblico potere (*rectius* attività amministrativa) e cittadino, ma incide direttamente quale fattore determinante sulla forma di Stato, ovvero sulla relazione costituzionale tra sovranità e cittadini, tra autorità e libertà. In definitiva l'avvento di tale principio all'interno del sistema costituzionale, segna di fatto il compimento della parabola che conclude il paradigma “panpubblicistico”¹² che aveva da sempre, e senza soluzioni di continuità, identificato e dunque caratterizzato il diritto amministrativo.

Accanto alla sussidiarietà, quale principio che ha significativamente inciso nella relazione pubblico-privato, nell'attività di ricostruzione del fenomeno del Partenariato Pubblico-Privato non è possibile prescindere dal riferimento alla categoria giuridica della collaborazione e dunque al principio di affidamento e al

¹⁰ Così P. Ridola, *Il principio di sussidiarietà e la forma di Stato di democrazia pluralistica* in A. A. Cervati, S. Panunzio, P. Ridola (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, 2001, 211 ss.

¹¹ L. Violini, *Il principio di sussidiarietà*, in G. Vittadini (a cura di), *Sussidiarietà. La riforma possibile*, Milano, 1998, 58.

¹² Così D. Donati, *Origini, connessioni e interpretazione del principio di sussidiarietà orizzontale nell'ordinamento italiano*, in D. Donati e A. Paci (a cura di), *Sussidiarietà e concorrenza*, Bologna, 2010.

¹³ In questi termini si veda anche V. Cerulli Irelli, voce *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, vol. XII, Roma, 2004;

principio e dovere di buona fede, di derivazione civilistica⁸³, che ne costituiscono una sostanziale declinazione e che nel tempo hanno trovato piena cittadinanza non solo a livello europeo ma anche nel diritto interno. All'interno di quest'ultimo, tali principi hanno ricevuto riconoscimento, attraverso un complesso *iter* argomentativo tanto in sede dottrinale quanto in sede giurisprudenziale, nell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione⁸⁴, nelle sue due fondamentali fattispecie definite dalla dottrina, quella di «attività amministrativa di diritto privato»⁸⁵ ovvero condotta dall'amministrazione mediante strumenti propri del diritto comune e quella di «esercizio privato di pubbliche funzioni»⁸⁶ ovvero l'attività amministrativa realizzata da soggetti aventi natura privatistica. Più in generale gli stessi principi hanno trovato un'organica sistemazione nei fondamenti dell'agire amministrativo, grazie all'evoluzione dell'ordinamento giuridico stesso in senso garantistico. Attraverso il principio di affidamento in generale si prospetta, infatti, l'interesse vantato da un soggetto privato alla tutela di una determinata situazione a livello giuridico, sulla base di una condotta mantenuta da un altro soggetto che ha indotto il soggetto interessato a confidare

⁸³ Nel diritto civile si parla di affidamento delle parti e di affidamento dei terzi, si veda per questo R. Sacco, voce *Affidamento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 661 ss.; V. Pietrobon, voce *Affidamento*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 1 ss.

⁸⁴ Per l'attività di diritto privato della pubblica amministrazione si veda senza pretesa di esaustività S.A. Romano, *Attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, in *D. disc. pubbl.*, vol. I, Torino, 1989, 531 ss; F. De Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000; G. Pericu, *L'attività consensuale della Pubblica Amministrazione*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 283 ss.; A. Massera, *I contratti*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, t. II., Milano, 2003, 1547 ss; Id., *Contratti con la pubblica amministrazione*, in S. Cassese (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 2006, 1389 ss; V. Cerulli Irelli, *Diritto privato della amministrazione pubblica*, Torino, 2008; Id., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, 2011; R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2012; B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, 2013; A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016.

⁸⁵ A. Amorth, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1938, 456 che distingue tra attività privata e attività di diritto privato dell'amministrazione pubblica. Per una revisione critica di tale impostazione si veda in dottrina M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996, 24 secondo il quale la distinzione mediante categorie dell'attività contrattuale riveste un valore meramente descrittivo e analitico e non assume una valenza sostanziale, in quanto l'intera attività contrattuale della pubblica amministrazione è pervasa direttamente o indirettamente dal profilo di funzionalizzazione.

⁸⁶ La ricostruzione originaria si deve a S. Romano, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, 1906; G. Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1920, vol. II, pt. III; M. S. Giannini, *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966. Più di recente si veda sul punto F. De Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000, 19 ss; B.G. Mattarella, *L'attività*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, t. II, Milano, 2003, 699 ss.; A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005.

nel conseguimento di un determinato risultato o nell'esistenza di una determinata situazione giuridica. In questi termini, l'aspettativa del soggetto interessato scaturisce dalla condotta altrui e la presuppone.

Il principio di affidamento «(...) che costituisce una cartina di tornasole nel rapporto tra privato e pubblica amministrazione, essendo intimamente connesso all'idea di potere e di interesse legittimo (...)»⁸⁷, è parimenti legato al principio e al dovere di buona fede, e in virtù di tale legame sono emersi nel tempo indebite e parziali sovrapposizioni in termini semantici tra i due concetti. Allo scopo di individuare il significato preciso di ciascuna nozione, è quindi opportuno operare una distinzione sul piano concettuale: l'affidamento si distingue dalla buona fede in senso soggettivo sotto il profilo dell'oggetto a favore del quale ricade la fiducia, in quanto nel primo caso essa riguarda la condotta della controparte, mentre nel secondo caso la fiducia concerne il comportamento di chi la invoca e si esprime nell'ignoranza di ledere un diritto altrui. È, per contro sotto il profilo oggettivo della buona fede, che si coglie in modo chiaro il necessario legame con il principio di affidamento, in forza del quale un comportamento deve essere coerente e non contraddittorio, ovvero non deve tradire le legittime aspettative altrui derivate da un proprio precedente comportamento. Tuttavia, il principio di legittimo affidamento rappresentando una fattispecie giuridica complessa, consta di una pluralità di elementi che recepiscono sia il profilo soggettivo sia quello oggettivo del canone della buona fede, i quali concorrono a definirne il profilo. La buona fede dunque rappresenta il fondamento dell'istituto dell'affidamento, in quanto l'esigenza di tutelare la fiducia riposta nella condotta altrui trova legittimazione nel dovere di buona fede cui sono tenuti in via generale tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico ed in particolare le parti di un rapporto giuridico. Tuttavia, il principio di tutela dell'affidamento, non esaurisce l'ambito di applicazione della buona fede, rappresentandone un precipitato ed una delle possibili esemplificazioni in chiave attuativa.

A livello europeo il principio di legittimo affidamento costituisce un principio caratterizzante l'ordinamento, facendovi ingresso a partire dagli anni '70 grazie all'orientamento giurisprudenziale tanto della Corte di giustizia⁸⁸ quanto del

⁸⁷ Così F. Manganaro, *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*, in *Dir. amm.*, 2016, 98.

⁸⁸ C. giust. CE, 3 maggio 1978, C-112/77; Id., 21 settembre 1983, C-205-215/82; Id., 19 maggio 1983, C-289/81; Id., 17 aprile 1997, C-90/95; Id., 26 febbraio 1987, C-15/85; Id., 20 giugno 1991, C-248/89.

Tribunale di primo grado⁸⁸, che sulla scorta delle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali tedesche hanno sistematizzato il principio di tutela dell'affidamento annoverandolo quale «principio appartenente al diritto comunitario»⁸⁹. L'oggetto di protezione di detto principio non è rappresentato soltanto dagli atti amministrativi, bensì anche da quelli legislativi, ed opera non appena tra istituzioni europee e soggetti privati, ma anche tra gli stati membri e nei confronti di ciascuna amministrazione nazionale chiamata ad attuare le normative europee. La declinazione operata dall'attività della Corte di giustizia con riferimento al principio di affidamento ha riguardato la definizione di un limite all'adozione di disposizioni normative e di provvedimenti aventi efficacia retroattiva, l'attività di normazione in capo alle istituzioni europee in ordine alle ipotesi di auto vincolo delle medesime, infine alle aspettative ingenerate nei soggetti privati sulla base di una precedente condotta mantenuta dalle istituzioni europee⁹¹.

La collaborazione pubblico-privato caratterizza in modo evidente sia l'attività di acquisizione di beni e servizi da parte della pubblica amministrazione, che sfocia nella stipulazione di contratti di diritto privato, sia l'attività della medesima amministrazione, nell'ambito del procedimento amministrativo, al fine di «determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale o in sostituzione di questo» ai sensi dell'art. 11 comma 1 della l. n. 241/1990, mediante accordi di diritto pubblico integrativi o sostitutivi⁹². Il principio collaborativo informa

⁸⁸ Trib. CE, 17 dicembre 1998, C-T-203/96; Id., 13 marzo 2003, C-T-125/01.

⁸⁹ Cfr. C. giust. UE, 3 maggio 1978, C-112/77; Id., 20 settembre 1989, C-5/89.

⁹⁰ Per un'analisi anche casistica più dettagliata degli orientamenti scaturiti dall'attività giurisdizionale della Corte di giustizia si veda W. Troise Mangoni, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo. Limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, Torino, 2016, 112 ss. Sempre sul tema in senso conforme si veda anche M. Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008, 29 ss.; S. Bastianon, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012, 89 ss.

⁹¹ Sugli accordi amministrativi si veda tra tutti, R. Ferrara, *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione*, Milano, 1985; Masucci A., *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988; C. Bassani, *Commento all'art. 11 L. 241/1990*, in V. Italia, C. Bassani (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti (legge 7 agosto 1990, n. 241)*, Milano, 1991, 251 ss; E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992; F. Trimarchi Banfi, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 1993, 237 ss. G. Benedetti, *L'accordo procedimentale tra autorità e libertà*, in G. Barbagallo, E. Follieri, G. Vettori (a cura di), *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, Napoli, 1995, 83 ss.; M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit.; P. L. Portaluri, *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998; G. Manfredi, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001; G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; F.G. Scoca, *Gli accordi*, in Id., (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2013,

l'attività dell'amministrazione pubblica, anche in altre ipotesi³³ (ivi compresa quella che si esplica in termini di unilateralità) dopo l'avvento della l. n. 241/1990, secondo cui la partecipazione al procedimento dei soggetti interessati è ascrivibile a titolo di «(...) cooperazione dei destinatari alla formazione del risultato finale e cioè dell'atto amministrativo»³⁴.

La predetta dinamica collaborativa si esprime dogmaticamente tra gli altri in modo altamente significativo nel principio di affidamento e nel dovere di buona fede nel diritto amministrativo. Fino a circa trent'anni fa, il principio di affidamento e il dovere di buona fede non erano riconosciuti applicabili, quali parametri normativi, al diritto amministrativo nella definizione e regolazione dei rapporti tra amministrazione pubblica e soggetti privati. Una larga parte della dottrina pubblicistica italiana considerava negativa la possibilità di riconoscimento nei termini predetti e affermava che fosse «inutile ed anzi erroneo parlare di un principio della buona fede in diritto amministrativo»³⁵ mentre un'altra parte inizialmente considerava il principio di buona fede, inteso quale superiore interesse alla volontà delle parti, difficilmente distinguibile dall'interesse pubblico al cui perseguimento è preposta l'attività dell'amministrazione pubblica³⁶. La giurisprudenza amministrativa per parte sua faceva applicazione in numerose pronunce del principio di tutela dell'affidamento del cittadino. Ancorché non

177 ss; G. De Maio, *Gli accordi fra privati e amministrazione: un istituto "virtuale" dagli accenti virtuosi*, in *Giorn. dir. amm.*, n.6/2016, 744 ss.

³³ Ad esempio si faccia riferimento alle sponsorizzazioni, accordi di collaborazione e convenzioni stipulati dalla pubblica amministrazione, segnatamente dagli enti locali i quali in base all'art. 119 del d.lgs. n. 18 agosto 200, n. 267, Testo Unico Enti Locali e in applicazione dell'articolo 43 della legge 27 dicembre 1997, n. 449 «(...) al fine di favorire una migliore qualità dei servizi prestati (...) possono stipulare contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione, nonché convenzioni con soggetti pubblici o privati diretti a fornire consulenze o servizi aggiuntivi»

³⁴ F. Benvenuti, *Scritti giuridici*, vol. V, Milano, 2006, 4390.

³⁵ E. Guicciardi, *Recensione a K. H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, in *Arch. giur. dir. pubbl.*, 1936, 556 ss. L'opposizione pervicace al riconoscimento dell'operatività del principio di buona fede, era contestuale all'atteggiamento di diffidenza che concerneva le clausole generali per via dei possibili abusi interpretativi, che sarebbero potuti scaturire dall'adozione disinvolta di simili canoni interpretativi. Ciò anche in ragione dell'ascesa del nazionalsocialismo in Germania e dell'uso delle clausole generali che si faceva in quell'ordinamento.

³⁶ La rilevanza del principio di buona fede era stata esclusa pertanto nei rapporti di diritto pubblico. Si veda a questo proposito M.S. Giannini, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1939, 373 ss. Per contro, si ammetteva, invece, che nell'ambito dei rapporti di diritto privato l'amministrazione pubblica fosse tenuta al rispetto del principio di buona fede, come nel caso della responsabilità precontrattuale, come aveva osservato M. S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 1981, 518. Successivamente, si veda M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 35, veniva riconosciuta pienamente l'operatività del principio di buona fede nel diritto amministrativo, anche nei rapporti non paritari tra amministrazione pubblica e soggetti privati sulla scorta di un consolidato orientamento giurisprudenziale che si era affermato in materia.

siano mancati in dottrina⁹⁷ posizioni favorevoli a riconoscere cittadinanza al principio di buona fede nel diritto amministrativo, l'opera ricostruttiva più significativa in tema di affidamento e buona fede risale al 1970 e va riferita a Fabio Merusi⁹⁸. Quest'ultimo, infatti, partendo dall'analisi dell'ordinamento tedesco, ha prospettato una sistemazione giuridica di tale principio nel sistema amministrativistico italiano, facendolo assurgere a parametro di valutazione che, se violato, implica l'invalidità del provvedimento amministrativo. Oggi a distanza di oltre trent'anni la letteratura giuridica è ormai unanime nel riconoscimento del principio di affidamento e di buona fede nei rapporti con l'amministrazione pubblica⁹⁹. La tutela dell'affidamento e parimenti la buona fede non sono, infatti, un'invenzione delle codificazioni costituzionali o legislative dei tempi moderni, ma vi preesistono logicamente e storicamente, affondando le proprie radici nel diritto romano.¹⁰⁰

La dottrina amministrativistica aveva iniziato fin dagli anni '70 a riconoscere dignità d'incidenza al dovere di buona fede nell'attività contrattuale dell'amministrazione pubblica, distinguendo la fase di selezione del contraente privato, retta dal principio dell'evidenza pubblica e dunque dove trova espressione il principio di discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice, da quella dell'esecuzione del contratto in cui invece «il comportamento dell'amministrazione è regolato interamente dal principio della buona fede, in

⁹⁷ Si veda per questo S. Romano, *voce Buona fede (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 679 il quale ha invece identificato il principio di buona fede nell'ambito del diritto pubblico come osservanza di regole non giuridiche che condizionerebbero la validità degli obblighi contrattati. Altri orientamenti hanno invece ricondotto il principio di buona fede sotto il profilo dell'imparzialità dell'agire amministrativo U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 280 ss e altri ancora hanno invece indagato gli effetti traslativi della buona fede nel diritto pubblico G. Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 100 ss.; F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, 1996, 242. A. Mantero, *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto può amministrativo*, Padova 1979, 118 ss. ha fatto, invece, riferimento alla buona fede come tutela delle situazioni favorevoli del soggetto privato. Tali rappresenterebbero un limite di tipo sostanziale alle scelte dell'amministrazione pubblica.

⁹⁸ Si faccia riferimento a F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.

⁹⁹ F. Ledda, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 150 ss; F. Manganaro, *Il principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli 1995, 34 ss.; E. Casetta, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Dir. econ.*, n. 2/2001, 317 ss; F. Merusi, *Il principio di buona fede nel diritto amministrativo*, in *Scritti per Mario Nigro*, II vol, Milano, 1991; Id., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli "anni '30" e l'"alternanza"*, Milano, 2001; Id., *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo* Bologna, 2007, 50 ss.; L. Lorello, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998, 154 s.; In ambito manualistico M. S. Giannini, *Diritto amministrativo*, II, Milano 1988, 473 riconosce l'applicabilità del principio alla funzione amministrativa.

¹⁰⁰ In questi termini F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli "anni '30" e l'"alternanza"*, cit., 9.

quanto comportamento di diritto privato comune»¹⁰¹. La dottrina medesima ha avallato parimenti la rilevanza della buona fede anche nell'attività discrezionale dell'amministrazione qualora si configuri, non solo l'illegittimità dell'atto ma altresì un illecito civile. La giurisprudenza civile ha iniziato ad ammettere l'applicabilità all'amministrazione pubblica degli artt. 1337 e 1338 cod. civ. segnatamente sull'obbligo per le parti di comportarsi secondo buona fede nelle fase delle trattative precontrattuali e nella formazione del contratto medesimo, e sull'obbligo di riferire alla controparte eventuali cause d'invalidità del contratto a pena di risarcimento verso la parte che abbia confidato senza colpa nella validità del contratto medesimo¹⁰².

Definito il regime di responsabilità precontrattuale e contrattuale in capo alla pubblica amministrazione, con la rilevanza dei principi di affidamento e buona fede, si trattava di stabilire i limiti entro i quali poteva sussistere tale responsabilità. Per un numero considerevole di anni la giurisprudenza aveva riconosciuto l'applicazione in casi nei quali l'amministrazione pubblica avesse agito paritariamente rispetto ai soggetti privati contraenti¹⁰³(ad esempio nella trattativa privata). La responsabilità civile sorgeva pertanto solo nella fase successiva alla stipulazione del contratto, dove il soggetto avrebbe potuto vantare un diritto soggettivo mentre nella fase pubblicistica prodromica alla formalizzazione del contratto, ovvero quella di selezione del contraente, il soggetto privato sarebbe risultato titolare di un mero interesse legittimo e in base a questo avrebbe potuto legittimamente sindacare il corretto esercizio del potere discrezionale finalizzato alla selezione del contraente e non il diritto

¹⁰¹ Cfr. M.S. Giannini, *La responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione pubblica*, in *Scritti in onore di A.C. Jemolo*, V, 1963-1969, Milano, 2004, 183. A favore della rilevanza del principio di buona fede nella fase delle trattative precontrattuali per l'amministrazione pubblica si è pronunciato anche C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, cit., 190.

¹⁰² Si veda Cass. civ., sez. II, 28 settembre 1968, n. 3008, in *Foro.it*, 1969, I, 966. Sulla responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica si veda G. Greco, *La responsabilità civile dell'amministrazione e dei suoi agenti*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, 2005, 895 ss. Successivamente Cass. civ., sez. I, 10 dicembre 1987, n. 9129, in *Giur. it.*, 1987 ha statuito che la responsabilità precontrattuale dell'amministrazione pubblica si verifica allorché essa nelle trattative e nei rapporti con i soggetti terzi, abbia mantenuto condotte o sia incorsa in omissioni contrarie ai canoni della correttezza e della buona fede, alla cui osservanza è tenuta nell'ambito del rispetto dei doveri di cui all'art. 2043 cod. civ. All'autorità giudiziaria ordinaria è demandato dunque l'accertamento della suddetta responsabilità in capo alla pubblica amministrazione non già quale corretto amministratore bensì quale corretto soggetto contraente.

¹⁰³ Per un'analisi sulla giurisprudenza concernente il principio di buona fede nell'attività contrattuale della pubblica amministrazione si veda E. Casetta, *Buona fede e diritto amministrativo*, cit., 371 ss.

all'osservanza del canone della buona fede. Il riconoscimento, per via giurisprudenziale, della risarcibilità dell'interesse legittimo e la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie in materia di appalti pubblici, hanno permesso l'ingresso della responsabilità precontrattuale in tutte le procedure in materia di appalti. Dagli anni '70 il principio di affidamento faceva ingresso grazie agli arresti giurisprudenziali affermatasi a livello europeo e nell'ordinamento interno il medesimo è stato formalizzato nell'ambito dei principi generali dell'ordinamento cui informare l'attività amministrativa, soltanto con la legge 11 febbraio 2005, n. 15 modificativa della l. n. 241/1990. La giurisprudenza costituzionale in questo senso a partire dagli anni '80 del secolo scorso ha compiuto un percorso di riconoscimento del principio offrendo un'esplicitazione circa la relazione esistente tra talune disposizioni costituzionali e il principio di tutela dell'affidamento, in particolare con riferimento all'irretroattività della legge¹⁰⁴. La stessa Consulta, non senza opposizioni e critiche da parte della dottrina¹⁰⁵, ha cercato, sulla scorta degli indirizzi giurisprudenziali elaborati dalla giurisprudenza costituzionale tedesca, di ancorare il principio di tutela dell'affidamento alle previsioni costituzionali, segnatamente riferendone la rilevanza nell'ambito dell'art. 3 Cost.¹⁰⁶ sul presupposto che tale principio fosse riconducibile al principio di uguaglianza dinanzi alla legge come *species* del principio di ragionevolezza. In altri casi è stata la dottrina attraverso un'opera ricostruttiva a ravvisare il fondamento costituzionale del principio di tutela dell'affidamento nell'art. 97 Cost.¹⁰⁷ attraverso il principio di imparzialità

¹⁰⁴ Cfr. Corte Cost., 17 dicembre 1985, n. 349, in *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1585; Id., 14 luglio 1988, n. 822, in *Cons. Stato*, 1988, II, 1378; Id., 26 luglio 1995, n. 390, in *Giust. civ.*, 1995, I, 326; Id., 4 novembre 1999, n. 416, in *Giust. civ.*, 2000, I, 973; Id., 22 novembre 2000, n. 525, in *Rass. Trib.*, 2000; Id., 12 novembre 2002, n. 446, in *Giur. it.*, 2003, 841.

¹⁰⁵ Si veda sul punto F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli "anni '30" e l'"alternanza"*, cit., 6 ss ad avviso del quale «Il motivo per cui, fino alla recente sentenza 4 novembre 1999, n. 416, la tutela dell'affidamento è sempre stata accompagnata a qualche norma costituzionale, di preferenza l'art. 3, ma anche l'art. 2 e altri articoli riferiti a materie specifiche, come la previdenza sociale di cui all'art. 38, o la proprietà e l'iniziativa economica privata di cui agli artt. 42 e 41, va ricercato nell'intento di rispettare un formalismo processuale: l'obbligatoria indicazione della norma costituzionale violata richiesta dalla legge sulla procedura di accesso alla Corte. Ma riferendosi all'art. 4 si confonde il prius col poi. Il principio di ragionevolezza che si vuole ricavare dall'art. 3 non riguarda il fondamento della tutela dell'affidamento, bensì l'applicazione del principio di buona fede per tutelare il legittimo affidamento del cittadino determinato dal legislatore. E' la norma di integrazione che va applicata secondo il principio di ragionevolezza, non la ragionevolezza che implica e impone la tutela dell'affidamento»

¹⁰⁶ Cfr. Corte Cost., 4 novembre 1999, n. 416, in *Giur. cost.*, 1999, 3625.

¹⁰⁷ Si veda U. Allegretti, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 274 ss.; F. Benvenuti, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, 1961, 248.

dell'azione amministrativa ed infine nell'art. 2¹⁰⁸ mediante il dovere di solidarietà, anche in quest'ultimo caso ricevendo critiche dalla dottrina¹⁰⁹. Secondo una parte autorevole di quest'ultima, invece, la buona fede, di derivazione romanistica, sarebbe anche un principio costituzionale, non codificato, e attese le sue applicazioni in sede giurisprudenziale si esprime quale «(...) norma *verticale*, un principio di integrazione dell'intera gerarchia delle fonti»¹¹⁰. Per questo la buona fede si poneva come norma integrativa di ogni livello di produzione giuridico-normativa di ordine legislativo, regolamentare, del diritto europeo e del diritto interno. Secondo un'altra dottrina più recente, condivisa anche dalla giurisprudenza europea, invece il principio di buona fede non deriverebbe dal diritto romano comune, bensì si porrebbe quale nozione intrinseca alla nozione stessa di Stato di diritto, inteso quale istituzione che tutela le aspettative dei consociati, mediante la certezza del diritto¹¹¹. Parimenti la Suprema Corte di Cassazione soprattutto in materia di responsabilità civile¹¹² e la giurisprudenza amministrativa in accordo con gli orientamenti dottrinali predetti, hanno nel tempo maturato una coscienza favorevole circa la portata del principio di tutela dell'affidamento facendone applicazione in molteplici casi¹¹³.

Rimane una diversità evidente di approccio e dunque profili parzialmente divergenti in termini di coincidenza sulla ricostruzione del principio di tutela

¹⁰⁸ Si veda F. Manganaro, *Il principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli 1995, 114 ss. che ripropone le tesi sostenute da S. Rodotà, *Le fonti de integrazione del contratto*, Milano, 1973, 150 ss.

¹⁰⁹ Si veda sul punto F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli "anni '30" e l'"alternanza"*, cit., 7 ss ad avviso del quale la solidarietà «(...) se può implicare casi tutela dell'affidamento, non copre tutta l'area sulla quale si estende «l'integrazione» della buona fede sul diritto legislativo e neppure quella riferita alla tutela dell'affidamento. Non si vede infatti quale nesso ci possa essere fra la solidarietà e la conservazione di un edificio costruito per errore su di un'area destinata ad una strada di PRG nel caso in cui la tutela dell'affidamento vieti l'annullamento di una concessione edilizia».

¹¹⁰ Cfr. F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli "anni '30" e l'"alternanza"*, cit., 7.

¹¹¹ Così F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007, 51 che rinvia sul tema all'ampia disamina di H. J. Blanke, *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, Tubingen, 2000.

¹¹² Cass. civ., sez. II., 21 febbraio 1983, n. 1308 in *Cons. St.*, 1983, II, 810 ha stabilito che la pubblica amministrazione nella stipulazione di contratti di diritto al fine di adempiere alle proprie finalità istituzionali, è tenuta nella fase di esecuzione ad applicare il canone della buona fede. Cass. civ. sez. un., 17 novembre 1978, n. 5328, in *Giust. civ.*, 1979, I, 32 ha ritenuto sussistente la responsabilità precontrattuale per la pubblica amministrazione che dopo avere concluso un contratto abbia omissso di comunicare al soggetto privato contraente ogni notizia inerente il relativo controllo, nonostante che l'organo di controllo facesse parte della medesima amministrazione stipulante il contratto e fosse inquadrato nella stessa branca di attività e nello stesso apparato dell'organo contraente.

¹¹³ Cfr. Cons. St., sez. VI, 24 settembre 1996, n. 1255 in *Foro amm.*, 1997, 1065; Id., sez. IV, 15 giugno 1994, n. 501, in *Foro amm.*, 1994, 1398; Cons. St., Ad. plen., 30 settembre 1993, n. 11, in *Riv. Corte Conti*, 1993, 205.

dell'affidamento tra gli orientamenti elaborati dalla giurisprudenza europea e quella del giudice amministrativo nell'ordinamento italiano. Quest'ultimo infatti ritiene che il legittimo affidamento rappresenti un interesse che, unitamente ad altri giuridicamente rilevanti, sia oggetto di attività di bilanciamento e la cui esclusione configuri fattispecie di eccesso di potere. Invece, secondo il giudice europeo il principio di tutela dell'affidamento assurgerebbe ad autonomo parametro di sindacato in sede giurisdizionale, rispetto al quale valutare la legittimità degli atti, nonostante non si debba prescindere in molte circostanze dal giudizio di comparazione di questo con altri interessi rilevanti nel quadro europeo¹¹⁴.

Sul piano legislativo il principio di tutela dell'affidamento del soggetto privato nei confronti dell'amministrazione, è stato cristallizzato negli ultimi anni all'interno delle disposizioni normative in materia tributaria di cui alla l. 27 luglio 2000, n. 212¹¹⁵ c.d. Statuto del contribuente, costituendo, ad avviso di parte autorevole della dottrina¹¹⁶ il primo caso di positivizzazione della tutela dell'affidamento. Gli elementi che concorrono ad identificare il profilo definitorio del principio di affidamento risiedono nella definizione che ne ha dato la più autorevole dottrina secondo la quale esso rappresenta "applicazione del principio di buona fede oggettiva e comporta la tutela dell'affidamento ragionevole generato da un precedente comportamento dell'amministrazione"¹¹⁷.

1.4. *Profili di diritto europeo e PPP: dal libro verde 2004 alle direttive 2014.*

Il tema del Partenariato Pubblico-Privato¹¹⁸ si è affacciato storicamente nel diritto europeo per la prima volta, con l'adozione e la pubblicazione, in data 24

¹¹⁴ W. Troise Mangoni, *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo. Limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, cit., 134.

¹¹⁵ Cfr. art. 10 l. 27 luglio 2000, n. 212 in base al quale «i rapporti tra contribuente e amministrazione finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede».

¹¹⁶ Così S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, 76.

¹¹⁷ Cfr. S. Cassese, *Il diritto amministrativo e i suoi principi*, in S. Cassese (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, 17 ss.

¹¹⁸ Sul tema del PPP si veda tra gli altri M.P. Chiti (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna, 2005; R. Di Pace, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006 Id., *Il Partenariato Pubblico-Privato*, Napoli, 2009; G. Cerroni Feroni (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: modelli e strumenti*, Torino, 2011; F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico – privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011; A. Di Giovanni, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012; M.A. Sandulli, *Il partenariato pubblico-privato istituzionalizzato*

febbraio 1999, del progetto di comunicazione interpretativa in materia di concessioni da parte della Commissione europea, che è stata sottoposta ad una vasta consultazione, prima dell'adozione in senso formale della comunicazione interpretativa del 29 aprile 2000 2000/C 121/02 che tuttavia aveva nel frattempo espunto ogni riferimento al tema del PPP in quanto ritenuto meritevole di ulteriore dibattito e più specifico approfondimento¹⁹⁹. Il contesto nel quale aveva preso avvio l'intervento da parte della Commissione vedeva un crescente ricorso ed una rapida diffusione di forme di collaborazione pubblico-privato in particolare nei paesi di origine anglosassone²⁰⁰ e quindi si appalesava l'esigenza di definire e regolare tali fenomeni, anche al fine di apporre una tutela al principio di concorrenza nel mercato europeo degli appalti pubblici e delle concessioni. In seguito il tema del PPP riemergeva con il parere reso dal Comitato economico e sociale del 2001 (C/014 del 16 gennaio 2001), che manifestava la presa di coscienza di dotare l'ordinamento di un quadro giuridico con riferimento ai contratti di partenariato pubblico-privato. Sul punto emergevano alcune problematiche non secondarie da risolvere, quali innanzitutto l'assenza di un'autonoma disciplina in materia di concessioni, la cui trattazione era inserita nella più ampia disciplina degli appalti pubblici e la carenza di una disciplina atta a regolare i finanziamenti privati nella realizzazione delle infrastrutture.

nell'evoluzione normativa, in *www.federalismi.it*, n. 3/2012; G. Bottino, A. Botto, M. Cafagno, G. Fidone (a cura di), *Negoziazioni pubbliche: scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013; G. Taglianetti, *Il partenariato pubblico-privato e il rischio operativo: dalla tradizionale concessione di costruzione e gestione al project financing*, Napoli, 2014; M. Nicolai, W. Tortorella (a cura di), *Partenariato pubblico-privato e project finance: come uscire dalla crisi*, Rimini, 2015; Id., *Partenariato pubblico-privato e project finance: la disciplina, la giurisprudenza, la finanza e gli aspetti contabili: le concessioni di lavoro e di servizi*, Rimini, 2016; G. F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato: temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015;

¹⁹⁹ Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario 2000/C 121/02, Introduzione, p.to 5«Nella versione provvisoria della comunicazione interpretativa, la Commissione aveva manifestato l'intenzione di trattare anche le altre forme di cooperazione usate per ricorrere al finanziamento e alle competenze privati. La Commissione, confortata dai contributi pervenuti, favorevoli a un tale approccio, ha rinunciato a occuparsi di forme di cooperazione prive di caratteristiche analoghe a quelle delle concessioni nel senso della presente comunicazione interpretativa. Difatti, la varietà delle ipotesi e il loro continuo sviluppo, quali si evincono dalle risposte ricevute al progetto di comunicazione interpretativa, impongono un'approfondita riflessione sulle caratteristiche comuni di questi fenomeni. Il dibattito su questa questione, avviato dalla pubblicazione del progetto di comunicazione interpretativa, deve dunque proseguire».

²⁰⁰ In particolare negli anni '90 nel Regno Unito ed in Irlanda si affaccia lo strumento del *Private Finance Initiative* (PFI), fattispecie contrattuale complessa dove il soggetto privato si assume l'onere della progettazione e costruzione dell'opera pubblica anticipando il finanziamento, mentre l'amministrazione pubblica rimborsa il soggetto privato rateizzando il pagamento in un arco temporale decennale, comprensivo di rimborso del capitale anticipato, degli interessi maturati e del servizio reso.

E' però con la pubblicazione del Libro Verde del 20 aprile 2004, COM(2004)0327 relativo ai "Partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni", che il tema della collaborazione pubblico-privato acquistava massima centralità e rilevanza nel dibattito giuridico europeo. Il Libro Verde vedeva la luce, nell'ambito del più ampio dibattito avviato in sede europea circa il rapporto tra pubblico e privato declinato all'interno della categoria dei servizi d'interesse generale, atteso il processo di liberalizzazione dei servizi e della attività d'interesse generale che aveva preso avvio a partire dagli anni '90. A fronte, infatti, della crescita sia in termini quantitativi sia qualitativi della domanda aggregata dei servizi, e stante l'evidente contrazione delle risorse pubbliche, iniziava a maturare anche nel legislatore europeo la consapevolezza circa la necessità di approntare strumenti e soluzioni che potessero coniugare la funzionalità, l'economicità e quindi l'efficienza delle fattispecie gestionali dei servizi medesimi. Peraltro, lo scenario legislativo europeo si completava, proprio alla vigilia dell'adozione del Libro Verde, con l'emanazione delle nuove direttive europee in materia di appalti pubblici¹²¹. Il dibattito era stato senz'altro segnato dalla Decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004, n. 18/2004 "*Treatment of public-private partnerships*", concernente l'inquadramento a livello contabile nei conti nazionali dei contratti stipulati dalle amministrazioni pubbliche nel quadro di operazioni di PPP, che abbiano ad oggetto la realizzazione di specifiche infrastrutture (*asset*) destinate all'uso pubblico e la successiva fornitura di servizi generati dall'utilizzo delle infrastrutture costruite. Tale decisione interpretava il Regolamento (CE) n. 2223/1996 (SEC 95) in materia di «sistema europeo dei conti nazionali e regionali della Comunità UE» successivamente abrogato e sostituito dal nuovo Sistema Europeo dei Conti nazionali e regionali (SEC2010) definito Regolamento (UE) n. 549/2013, in vigore a partire dal settembre 2014 di cui si tratterà *funditus* nel capitolo V. La Decisione si applicava ai contratti di PPP nei quali il soggetto realizza un'infrastruttura al fine di fornire determinati servizi all'amministrazione pubblica che li acquista attraverso la corresponsione di pagamenti periodici e

¹²¹ Cfr. Direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e la Direttiva 2004/17/CE sugli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali. Per un commento si veda *ex multis* S. Bandini Zagnini, *Appalti pubblici di forniture e servizi secondo la direttiva n. 2004/18/CE*, Torino, 2006; L. Fiorentino e C. Lacava, *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, in *Quaderno di Giornale di diritto amministrativo*, n. 9, 2004; R. Garofoli e M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella*

vuole indicare la ripartizione del rischio tra amministrazione pubblica e soggetto privato, affinché il costo dell'infrastruttura realizzata possa non essere classificato come attivo patrimoniale pubblico e dunque contabilizzato *off balance* nei conti nazionali ai fini del calcolo del deficit e del debito ai sensi del Trattato di Maastricht¹²². La decisione era applicabile altresì laddove lo Stato si fosse posto quale principale acquirente di beni e servizi forniti dall'infrastruttura sia che essa sia originata da soggetto pubblico sia da terze parti. L'ambito di riferimento era quello delle c.d. "opere fredde", ovvero le opere in cui il flusso di ricavi prevalente, in fase di gestione, è assicurato dallo Stato attraverso pagamento di un canone (es. gli ospedali, le scuole, le infrastrutture di trasporto pubblico locale e altro). La Decisione escludeva di fatto pertanto dal novero dei contratti di PPP ai fini della contabilizzazione nei bilanci pubblici le concessioni, i quanto classificabili come operazioni pagate in tutto (c.d. "opere calde") o in parte (c.d. opere "tiepide") dall'utenza finale. Con l'introduzione del nuovo Sistema Europeo dei Conti nazionali e regionali (SEC2010) possono ritenersi classificabili come *off balance* le operazioni di PPP dove il soggetto privato assume la maggioranza dei rischi. Anche il Parlamento europeo con la risoluzione del 26 ottobre 2006, 2006/2043(INI)¹²³ ha contribuito attraverso le proprie osservazioni a corroborare autorevolmente gli indirizzi politici assunti in materia di PPP dalla Commissione definendo il PPP come una forma di cooperazione a lungo termine disciplinata a livello contrattuale tra il settore pubblico e quello privato per l'assolvimento di compiti di pubblico interesse in cui il rischio viene ripartito proporzionalmente tra le parti e le risorse gestite congiuntamente. Il Libro Verde rappresentava un

direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005, Milano, Giuffrè, 2005; A. Vitale, *La nuova disciplina comunitaria degli appalti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2004, 1128 ss.

¹²² La classificazione *off balance* delle operazioni di PPP, ovvero fuori dal perimetro del bilancio della pubblica amministrazione, ai fini del calcolo del deficit e del debito, è possibile ad una duplice condizione: innanzitutto il soggetto privato deve accollarsi il rischio di costruzione dell'opera pubblica e almeno uno dei due rischi tra quello di disponibilità e quello di domanda. Il rischio di disponibilità attiene alla capacità da parte del soggetto privato di ottemperare alle prestazioni pattuite nel contratto sia dal lato quantitativo sia da quello qualitativo, e pertanto affinché tale rischio si effettivamente trasferito occorre che i pagamenti pubblici siano correlati dall'effettivo grado di disponibilità assicurato dal soggetto privato, secondo le pattuizioni contrattualmente stabilite. Il rischio di domanda, invece, prende avvio dall'elemento di variabilità che caratterizza la domanda, che non concerne la qualità del servizio bensì altri fattori quali a titolo esemplificativo la presenza di alternative maggiormente convenienti per gli utenti.

¹²³ Cfr. Risoluzione del Parlamento europeo sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni 2006/2043(INI) «ritiene prematura una valutazione degli effetti delle direttive sugli appalti pubblici e pertanto si dichiara contrario alla creazione di un regime giuridico specifico per i PPP, ma ritiene necessaria un'iniziativa legislativa nel settore delle concessioni che rispetti i principi del mercato interno e i valori soglia e prevede regole semplici per le procedure di appalto nonché un chiarimento nell'ambito dei partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)».

momento di sintesi efficace, sebbene non risolutiva, ad esito di un lungo cammino che aveva visto la Commissione e altre istituzioni europee intervenire reiteratamente attraverso numerosi documenti sul dibattito circa i nuovi paradigmi collaborativi tra il pubblico ed il privato²⁴. In questo quadro giuridico prende forma il Libro Verde, la cui finalità deliberata era quella di «(...) avviare un dibattito sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni al fenomeno dei ppp. Tale dibattito si concentrava dunque sulle norme che devono essere applicate quando si decide di affidare una missione o un incarico ad un terzo»²⁵. Restava inteso in ogni caso che tale dibattito, in ossequio al principio europeo di neutralità circa le forme di gestione, la cui scelta rimane demandata alla sfera delle decisioni legislative degli Stati nazionali, e segnatamente nell'apprezzamento discrezionale dei singoli enti nazionali o locali, non implicava né può implicare tuttora alcuna propensione a favore o meno della gestione esternalizzata dei servizi pubblici d'interesse generale. Di contro alla neutralità circa le modalità di gestione e le forme proprietarie, il legislatore europeo ha sempre mantenuto invece ferma la necessità di garantire la necessità di garantire uniformemente il rispetto del principio di concorrenza effettiva nel mercato degli appalti, delle concessioni e del PPP. Il problema rilevante che si poneva per quest'ultimo era di tipo definitorio e quindi di individuazione di quali fattispecie contrattuali di partenariato fossero assoggettabili ai principi e alla disciplina delle direttive europee in materia di appalti pubblici. Per questo le scelte in ordine all'affidamento di un'attività economica ad un soggetto terzo da parte di un'autorità pubblica devono sottostare ai principi definiti negli artt. 49 e 56 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) ovvero quelli di trasparenza, parità di trattamento, proporzionalità mutuo riconoscimento, con riferimento alla libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi. Per quanto concerne il profilo definitorio occorre rilevare che il Libro Verde non forniva una nozione puntuale del PPP, bensì una generica di massima individuando quattro elementi costitutivi del fenomeno, che si articola in due

²⁴ Si vedano la Comunicazione sui Servizi di interesse generale in Europa del 26 settembre 1996 COM(1996) 443def.; la Comunicazione sui Servizi di interesse generale in Europa del 19 gennaio 2001 COM(2000) 580def.; la Relazione al Consiglio europeo di Laeken sui Servizi di interesse generale del 17 ottobre 2001 COM(2001) 598def.; la Relazione sulla Consultazione pubblica in merito al Libro Verde sui servizi di interesse generale del 29 marzo 2004 SEC(2004) 326def.; il Libro Bianco della Commissione sui Servizi di interesse generale del 12 maggio 2004 COM(2004) 374def.; il parere del Comitato economico e sociale europeo del 27 ottobre 2004 ed il parere del Comitato delle regioni del 17 novembre 2004.

²⁵ Cfr. Libro Verde del 20 aprile 2004, COM(2004)0327, p.to 17

categorie di istituti. La definizione individuava il PPP quale «forma di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di una infrastruttura o la fornitura di un servizio»¹²⁶. Gli elementi che caratterizzano tale fenomeno sono il rapporto di collaborazione avente lunga durata; il finanziamento del progetto di provenienza almeno parzialmente privata, che preveda forme di recupero successivo dell'investimento; il ruolo operativo del *partner* privato nelle fasi dalla progettazione al finanziamento e il ruolo di controllo e di coordinamento, quindi non operativo, dell'amministrazione pubblica; il trasferimento del rischio al soggetto privato. Le due categorie di istituti nei quali si articola il partenariato pubblico-privato, individuano una dinamica di PPP c.d. contrattualizzato ed una invece di PPP c.d. istituzionalizzato. Il primo integra un modello di relazione di carattere convenzionale non organizzativo mentre il secondo richiama una cooperazione che si esplica mediante un'entità giuridicamente distinta¹²⁷. Il PPP c.d. contrattualizzato si realizza quando l'atto attributivo avente ad oggetto la realizzazione di lavori, la prestazione di servizi, o la fornitura di beni vengono attribuiti mediante l'appalto pubblico o la concessione. Le caratteristiche proposte dalla Commissione al fine di qualificare gli elementi propri del PPP e la definizione offerta di quest'ultimo, avevano riscosso una sostanziale ed unanime condivisione, mentre meno unanimità e qualche osservazione critica significativa avevano invece riscontrato la duplice articolazione proposta tra PPP c.d. contrattualizzato e PPP c.d. istituzionalizzato. In particolare per la prima categoria era stata prospettata l'argomentazione a favore dell'esclusione dell'appalto per sotto taluni aspetti anche della concessione dal novero proprio del PPP, mentre per la seconda categoria all'interno della quale spiccano tra tutti le società miste, e altri strumenti quali le fondazioni pubbliche, l'opera di riconduzione di tali enti allo schema giuridico idealtipico del PPP così come emergeva nel Libro Verde e come tuttora permane nel modello offerto dall'ultima direttiva europea in materia di concessioni del 2014 e dalle pronunce del giudice europeo e di quelli nazionali, è alquanto difficile ed anzi risulta inconferente per molti aspetti con l'idea stessa di

¹²⁶ Cfr. Libro Verde del 20 aprile 2004, COM(2004)0327 par. 1.1. punto 01

¹²⁷ Cfr. Libro Verde del 20 aprile 2004, COM(2004)0327 par. 1.3 punto 20. Si veda anche M.P. Chiti, voce *Partenariato pubblico-privato*, in *Enc. giur. Il Diritto*, Milano, 2007, 690 ss.

partenariato pubblico-privato¹²⁸. La finalità principale del Libro Verde era quella di aprire una consultazione, ed un dibattito al fine di addivenire ad una regolamentazione chiara circa il tema del PPP e di offrire agli operatori economici privati degli Stati membri dell'Unione Europea un accesso più agevolato ed un quadro di certezza maggiore in un sistema concorrenziale. Il Libro Verde reca, infatti, le modalità di applicazione dei principi e delle norme del diritto europeo in materia di appalti e concessioni, con riferimento alla procedura da adottarsi nella selezione del partner privato ai fini della durata del contratto in relazione alle differenti fattispecie di PPP. Nel medesimo documento venivano poste alcune domande, in ordine principalmente alla declinazione dei predetti principi e delle predette norme negli Stati nazionali, al fine di verificarne la rispondenza e la chiarezza in rapporto a quanto proposto nel Libro Verde, stante l'assenza di una disciplina giuridica organica e generale in materia di PPP a livello europeo. Sulla base dei riscontri forniti, la Commissione aveva prima raccolto gli esiti della consultazione pubblica in un rapporto¹²⁹ senza tuttavia trarre conclusioni sul piano operativo, ma limitandosi a dare conto delle maggiori problematiche, delle principali tendenze, delle rilevanti opinioni pervenute e nel 2005 la medesima provvedeva a pubblicare una nuova comunicazione sul PPP¹³⁰ che lungi da sistematizzare fornendo una disciplina quadro a livello europeo, evidenziava la disciplina invalsa nei diversi Stati nazionali mettendo in luce i punti di forza e quelli di criticità¹³¹. Per quanto riguarda invece il PPP c.d. istituzionalizzato, merita

¹²⁸ Si veda M.P. Chiti, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, in G. F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato: temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015, 6 ss.

¹²⁹ Rapporto della Commissione europea del 3 maggio 2005 SEC(2005) 629 recante "Rapporto sulla consultazione pubblica sul Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privato ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni". Per approfondimenti circa i contenuti si veda A. Di Giovanni, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012, 47 ss.

¹³⁰ Comunicazione del 15 novembre 2005, COM(2005) 569def. sul partenariato pubblico privato ed il diritto comunitario sugli appalti pubblici e le concessioni.

¹³¹ Cfr. Comunicazione del 15 novembre 2005, COM(2005) 569 def., p.to 2.3.1. atteso che «(...) rientrano nell'ambito di applicazione del trattato CE, tutte le forme di PPP sono qualificabili come appalti pubblici o concessioni. Tuttavia, poiché all'aggiudicazione degli appalti pubblici e delle concessioni si applicano regole diverse, nel diritto comunitario non esiste una procedura di aggiudicazione uniforme specificamente pensata per i PPP (...). La consultazione ha rivelato che i soggetti interessati sono sostanzialmente contrari ad un nuovo regime riguardante tutti i PPP contrattuali, siano essi qualificati come appalti pubblici o come concessioni. Di conseguenza la Commissione non intende sottoporli a procedure di aggiudicazioni identiche». Con riguardo invece alla finanza di progetto la Commissione si preoccupa di chiarire che, punto 2.3.2, «(...) per quanto riguarda i PPP costituiti su iniziativa del settore privato, dalle risposte non risulta che attualmente ci sia alcuna esigenza di adottare provvedimenti a livello CE per stimolare tali forme di associazione. Si è parimenti rilevata la mancanza di interesse per iniziative comunitarie che

di essere richiamata la comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto europeo in materia di appalti pubblici del 05 febbraio 2008, COM 2007, 6661, la quale chiariva la definizione di PPP c.d. istituzionalizzato inteso quale «(...) cooperazione tra partner pubblici e privati che costituiscono un'entità a capitale misto per l'esecuzione di appalti pubblici o di concessioni»¹³², specificando poi che ai fini della configurazione di un rapporto di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato il contributo dell'operatore economico privato «(...) alle attività del PPPI consiste, a parte il conferimento di capitali o altri beni, nella partecipazione attiva all'esecuzione dei compiti assegnati all'entità a capitale misto e/o nella gestione di tale entità. Al contrario, il semplice conferimento di fondi da parte di un investitore privato ad un'impresa pubblica non costituisce un PPPI». La comunicazione approfondiva le modalità di costituzione delle società miste esistenti o di nuova costituzione e della contestuale attribuzione al soggetto privato dei compiti operativi, ovvero di esecuzione di lavori o di erogazione dei servizi pronunciandosi a favore della procedura anche mediante dialogo competitivo e favore della gara unica, infine con riferimento all'evoluzione del PPPI nella fase successiva alla costituzione, la Commissione aveva segnalato la necessità di approntare nei bandi di gara e nei relativi capitolati la modifica delle condizioni essenziali del contratto, introducendo flessibilità ed elementi di verifica *ex post* nell'andamento dell'operazione di partenariato pubblico-privato.

Anche la Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblici-privati istituzionalizzati (PPPI) del 12 aprile 2008, 2008/C 91/02, trattava la costituzione dei PPP istituzionalizzati, le relative procedure finalizzate alla scelta del *partner* privato ed anche la fase posteriore alla costituzione di iniziativa partenariale istituzionalizzata. Degna di nota, è sicuramente anche la Comunicazione della Commissione del 19 novembre 2009, COM(2009) 615 recante “Mobilitare gli investimenti pubblici e privati per la ripresa e i cambiamenti strutturali a lungo termine: sviluppare i partenariati pubblico privati” che aveva quale finalità precipua la volontà di dare un rinnovato impulso al tema del PPP quale leva strategica ed essenziale per il rilancio degli investimenti pubblici in Europa nel

chiariscano il quadro contrattuale dei PPP a livello comunitario e che chiariscano o adattino le norme sui subappalti».

¹³² Comunicazione del 05 febbraio 2008, COM(2007) 6661, Introduzione p.to 1).

lungo termine, atteso il quadro dei bilanci degli Stati membri alquanto precario, che ha limitato fortemente il ricorso all'impiego di risorse pubbliche a seguito dell'avvento della crisi economico-finanziaria del 2008. Nel 2014 a distanza di dieci anni dal Libro Verde del 2004, durante il quale si è sviluppato sul tema del PPP un ampio dibattito, senza tuttavia pervenire ad alcuna formalizzazione univoca a livello normativo generale, sono state adottate le direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE¹³³, in materia di appalti pubblici rispettivamente nei settori ordinari e speciali. Inoltre, per la prima volta ha trovato cittadinanza nell'ordinamento europeo una disciplina organica *ad hoc* sulle concessioni sia di lavori sia di servizi, contenuta nella direttiva 2014/23/UE¹³⁴. Appare quasi paradossale *prima facie* constatare che, dopo anni di intenso confronto a livello europeo circa la nozione e la possibile disciplina del PPP, nelle più recenti direttive 24 e 25 in materia di appalti tale fenomeno non venga affatto trattato né tantomeno menzionato. Questa apparente svista commessa dal legislatore europeo, ad avviso di parte della dottrina¹³⁵ ha contribuito a radicare una convinzione in ordine alla reale *intentio legis* dell'Europa che appare avere compiuto un *revirement* abbandonando o comunque ponendo il tema circa la perdurante validità di una nozione e dunque di una disciplina unitaria per il PPP, atteso lo sviluppo proprio in ambito europeo di un'attività normativa vertente a definire (*retius* ridefinire) i profili ordinamentali delle maggiori e più ricorrenti fattispecie giuridiche annoverabili nel PPP, quali gli appalti e le concessioni, i primi a torto mentre i secondi a ragione. Anche dal punto di vista della scelta di disciplinare gli appalti e

¹³³ Si veda F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove Direttive europee e del D.l. 90 del 2014*, Torino, Giappichelli, 2014; C. Franchini e F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni, elementi di criticità e opportunità*, Napoli, 2015; C.E. de Quesada, *Competition and Transparency in Public Procurement Markets*, in 3 *Public Procurement Law Review* (2014), 229; T. Kotsonis, *The 2014 Utilities Directive of EU: Codification, Flexibilisation and Other Misdemeanours*, 4 *ivi* (2014), 169; C. Frackowiak e G. Delaloy, *Nouvelles directives européennes sur les marchés publics et les concessions: quels changements pour le droit français de la commande publique?* in 94 *Bulletin Juridique des contrats publics* (2014), 155; H.A. Dumont e S. Ongena, *New public Procurement Rules in the EU*, in 3 *International Construction Law Review* (2014), 404.

¹³⁴ Si veda R. Caranta e D.D. Cosmin, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.* 2014, 495; V. Ferraro, *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 835 ss; M. Ricchi, *La nuova direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.* 2014, 741; H. C. Casavola, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni - Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche Ue 2020*, in *Giorn. dir. amm.* 2014, 1135 ss; G. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, *ivi*, 2015, 101 ss.; G. Greco, *La direttiva in materia di "concessioni"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1095 ss; R. Craven, *The EU's 2014 Concessions Directive*, 4 in *Public Procurement Law Review* (2014), 188

le concessioni, attraverso direttive distinte, il legislatore europeo ha dimostrato di avere recepito correttamente i rilievi mossi dalla dottrina circa la ricomprensione operata dal Libro Verde, del tutto impropria della disciplina degli appalti e delle concessioni, quali manifestazioni proprie del partenariato pubblico-privato contrattuale, ignorando le differenze evidenti tra i due istituti che invece nelle direttive europee del 2014 hanno trovato alterità non solo in termini di disciplina bensì anche di fonte normativa all'interno dell'ordinamento europeo. Così la disciplina rilevante ai fini dell'inquadramento giuridico del PPP è quella della direttiva 2014/23/UE che elabora una nuova nozione di concessione in chiave europea, caratterizzata dall'elemento del rischio¹³⁶ che connota intrinsecamente il rapporto di partenariato pubblico-privato, differenti dalle concessioni amministrative tradizionali ad effetti traslativi o costitutivi note all'ordinamento interno. L'elemento del rischio piuttosto che la struttura del rapporto contrattuale è il *discrimen* fondamentale che permette di distinguere tra concessione e appalto, in quanto se non si verifica l'effettivo trasferimento del rischio operativo a favore del soggetto privato, si configura un appalto, almeno sul piano dell'aggiudicazione¹³⁷. Le concessioni europee così come disciplinate dalla direttiva 2014 individuano «(...) contratti a titolo oneroso mediante i quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi a uno o più operatori economici. Tali contratti hanno per oggetto l'acquisizione di lavori o servizi attraverso una concessione il cui corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori o i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo»¹³⁸. Nel decennio intercorso tra il Libro Verde del 2004 e le nuove direttive in materia di appalti e soprattutto alla luce della direttiva concessioni del 2014, il PPP così come si è affermato a livello europeo ha rinviiato, non senza contrasti in dottrina sul punto¹³⁹, ad una

¹³⁵ Così M.P. Chiti, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, cit., 11 ss.

¹³⁶ Cfr. Direttiva 2014/23/UE art. 5 «L'aggiudicazione di una concessione di lavori o di servizi comporta il trasferimento al concessionario di un rischio operativo legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi».

¹³⁷ Così G. Greco, *La direttiva in materia di "concessioni"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1095.

¹³⁸ Cfr. Direttiva 2014/23/UE Considerando 11 che prosegue specificando che «Essi possono, ma non devono necessariamente, implicare un trasferimento di proprietà alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori, ma i vantaggi derivanti dai lavori o servizi in questione spettano sempre alle amministrazioni aggiudicatrici o agli enti aggiudicatori».

¹³⁹ A favore della nozione descrittiva del PPP si veda M.P. Chiti, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, cit., 3; G.F. Cartei, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in G. Cerrina Feroni (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato, Modelli e strumenti*, Torino, 2011, 1 ss.; A. Travi, *Il partenariato pubblico-privato: i confini incerti di una categoria*, in G. Bottino, A. Botto, M. Cafagno, G. Fidone (a cura di), *Negoziazioni*

nozione puramente descrittiva, priva di specifica valenza giuridica. Secondo il diritto europeo vigente, pertanto, soltanto la concessione europea, c.d. “di rischio”, in chiave dinamica resterebbe l'unica *species* esplicitamente e direttamente sussumibile nella categoria del PPP.¹⁴⁰

1.5. *Il PPP in Italia: una ricostruzione storica e giuridica del fenomeno.*

Al fine di cogliere il punto sorgivo del rapporto tra pubblico e privato nella sua versione collaborativa e la relativa dinamica evolutiva nel contesto del diritto interno, posto alla base del PPP, occorre ripercorrere sommariamente in chiave storica il rapporto tra Stato e società, nella consapevolezza che il PPP già agli albori della sua manifestazione nell'ordinamento italiano anche secondo autorevole dottrina, non si atteggiava quale istituto giuridico codificato bensì atteneva piuttosto ad una modalità di azione ed organizzazione dell'attività amministrativa¹⁴¹ al fine del perseguimento di interessi anche pubblici trovando espressione per questo attraverso forme giuridiche sia tipiche sia atipiche. Inoltre la collaborazione pubblico-privata proprio perché strumentale all'azione amministrativa, attraversata necessariamente da orientamenti ideali propri di chi ne detiene la titolarità ed il potere d'esercizio, risulta soggetta alle fluttuazioni e alle contingenze storiche, legislative, e politiche di un determinato periodo storico, in un dato contesto economico, sociale e culturale. Il periodo compreso tra l'epoca postunitaria e fino alla fine del XIX secolo era segnato, di fatto, dall'assenza di rapporto collaborativo tra Stato e società, in quanto caratterizzato dall'astensionismo dei poteri pubblici, in ottica liberista¹⁴² non tuttavia pienamente

pubbliche: scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati, Milano, 2013, 10 ss.; Contro la nozione puramente descrittiva, e a favore della nozione giuridica autonoma del PPP almeno a livello nazionale, attesa la definizione di contratto di PPP di cui all'art. 3 lett. eee) e la disciplina generale di cui all'art. 179 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 si veda R. Di Pace, *Partenariato pubblico e privato e contratti atipici*, op.cit.; Id., *Il partenariato pubblico-privato nel diritto amministrativo in trasformazione*, in N. Longobardi (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione*, Torino, 2016, 38 ss.

¹⁴⁰ Così M.P. Chiti, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, cit., 20 ss.

¹⁴¹ Così M. Dugato, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, 55

¹⁴² Cfr. S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, cit., 10 ss. secondo cui il liberismo caratterizzava fortemente l'epoca postunitaria, e si manifestava nell'ondata di privatizzazioni quali l'alienazione del demanio (c.d. quotizzazione), dei beni ecclesiastici degli stabilimenti termali, delle miniere e dei canali navigabili unitamente alla mancanza di una regia pubblica dell'economia, tant'è che solo nel 1878 era stato istituito il Ministero unico dell'agricoltura, dell'industria e del commercio. Infine nell'ottica di un'attività economica autosufficiente venivano istituite le Camere di commercio che tuttavia inizialmente non rivestivano personalità pubblica,

realizzata¹⁴³, dall'intervento in ambito economico e dalla rigida separazione dei compiti, in un quadro di unificazione normativa con l'estensione della legislazione piemontese al resto del Paese, e di politiche di protezionismo doganale funzionale alla difesa del mercato nazionale dalle ingerenze esterne. In tale contesto, allo Stato spettava la realizzazione in via diretta dei lavori pubblici mentre alla società, ovvero agli operatori economici privati, era demandata la gestione dei pubblici servizi e l'intervento in economia. Agli inizi del XX secolo e fino all'avvento del fascismo, il quadro si modificava decisamente con l'abbandono dell'unificazione normativa a favore invece di politiche di differenziazione legislativa con l'aumento di interventi in ambito infrastrutturale nelle aree meno sviluppate del Paese e l'istituzione di procedure e organi speciali. Nell'ottica di avviare lo sviluppo economico in un Paese di recente unificazione occorre dotarsi di nuovi soggetti pubblici in grado di realizzare un rapido sviluppo infrastrutturale. Per questo venivano costituite numerose imprese pubbliche tra le quali si ricorda nel 1905 l'Azienda delle Ferrovie dello Stato, con il riscatto delle concessioni ferroviarie e l'assunzione in capo a tale soggetto pubblico della gestione del servizio di trasporto ferroviario. Il processo di infrastrutturazione del Paese aveva quindi dato impulso al settore dei lavori pubblici e quindi all'aumento dei contratti stipulati con gli operatori economici privati per la realizzazione di numerose opere pubbliche, comportando l'immissione cospicua di denaro pubblico all'interno del sistema economico privato¹⁴⁴. Lo Stato abbandonava dunque l'atteggiamento astensionista, per immergersi direttamente nelle dinamiche economiche del mercato, non più attraverso l'imposizione di norme o tasse bensì, come soggetto produttore a tutti gli effetti di beni e servizi a favore della collettività. L'avvento del fascismo, con la conseguente sospensione del regime democratico e l'instaurazione di un regime autoritario, accentuava fortemente il carattere dello Stato interventista e produttore, aprendo la strada ad un sistema economico a regime monopolistico, caratterizzato da riserva originaria, ovvero da un complesso sistema di

bensì corporativa, essendo enti esponenziali delle categorie economiche e produttive che autodisciplinavano i propri interessi. Si delineava così un contesto nel quale «(...) lo Stato crea il mercato, ma non vi vuole essere presente; è strumento di disciplina dell'economia, ma senza diventare esso stesso produttore o regolatore; costruisce il mercato, ma non ne è il protagonista».

¹⁴³ Infatti, a fronte dell'astensionismo statale in economia, e delle privatizzazioni massicce, nel 1863 veniva istituita la Cassa Depositi e Prestiti, ente pubblico alle dipendenze del Ministero delle Finanze che dal 1876 aveva iniziato a finanziarsi mediante i risparmi postali e i fondi pubblici in amministrazione, per avviare una politica infrastrutturale funzionale allo sviluppo economico.

¹⁴⁴ Così S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, cit., 12

autorizzazioni che regolano l'accesso al mercato nei diversi settori, come quello assicurativo, produttivo, creditizio, commerciale funzionali alle ragioni dirigistiche di uno Stato interventista. In questo sistema si registrava un fenomeno di ipertrofia in termini di presenza pubblica, nella forma della moltiplicazione di soggettività a controllo statale in economia, con l'istituzione delle holding pubbliche tra tutte l'IRI nel 1933 per il salvataggio delle imprese in crisi. Lo Stato produttore, sulla base dell'esigenza di fornire esso beni e servizi, iniziava così a coniare nuovi modelli organizzativi d'intervento quali le Aziende autonome dello Stato, le Aziende speciali dello Stato infine le Aziende municipalizzate, determinando per la prima volta la coesistenza di imprese pubbliche e private. Attraverso tali modelli prendevano forma poi gli enti pubblici economici, aventi natura pubblica ma operanti secondo le norme del diritto comune¹⁴⁵. Con la nascita della Repubblica nel '46 e l'approvazione della Costituzione nel '48 inizia un nuovo capitolo per l'intervento pubblico e per il rapporto tra questo e la società¹⁴⁶. Il testo costituzionale apriva, infatti, ad un'economia mista ammettendo la coesistenza di proprietà privata e pubblica dei beni, funzionalizzando anche la prima all'utilità sociale. Alla tutela del diritto di proprietà privata consegue anche il diritto alla libertà di iniziativa economica privata, la quale non può parimenti essere contraria all'utilità sociale e risulta essere soggetta, al pari quella di natura pubblica ad attività di controllo. Negli anni '60 e '70 lo sviluppo economico e sociale (con la solarizzazione di massa l'espansione dello Stato sociale e l'ampliamento delle garanzie del sistema previdenziale) reso possibile dalla crescita della produzione industriale, grazie anche sovvenzioni pubbliche e sostegni mirati ad alcuni settori dell'impresa, registrava un nuovo tipo d'intervento pubblico, che allo Stato produttore affiancava anche lo Stato finanziatore e lo Stato del benessere promotore dello sviluppo¹⁴⁷. Gli anni '60 erano anche il periodo in cui iniziava a svilupparsi un animato e interessante dibattito circa il contenuto dell'art. 41 Cost. comma 3, e in particolare sotto il profilo della distinzione tra pianificazione, ritenuta incompatibile e

¹⁴⁵ Cfr. F. G. Scoca, *La partecipazione azionaria quale forma di collaborazione tra enti pubblici e soggetti privati*, in *Scritti in onore di Guido Carli*, Milano, 1995, 170.

¹⁴⁶ Cfr. P. Grossi, *La costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico post-moderno*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2013, 607 ss.

¹⁴⁷ M. Cafagno e F. Manganaro, *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, in *Dir. econ.*, n. 1/2016, 69 ss.

programmazione¹⁴⁸, valutata più compatibile con il regime vigente ad economia mista¹⁴⁹. La scelta dei costituenti sicuramente rispettava lo spirito di uno Stato sociale di diritto, in quanto gli artt. 2 e 3 Cost. intervenivano a presidio della piena occupazione e dell'uguaglianza sul piano sostanziale e la normazione dei rapporti economici stabiliva limiti all'esplicarsi della libertà d'iniziativa economica, al fine di perseguire finalità sociali, mediante programmi e controlli. La funzionalizzazione ai fini sociali dell'attività economica pubblica e privata, riservata dalla Costituzione stessa alla fonte legislativa, è stata perseguita almeno fino agli inizi degli anni '80, mediante atti di natura autoritativa. La mutazione del quadro costituzionale attese le riforme amministrative unitamente al processo di integrazione europea, hanno determinato un cambiamento radicale in termini di prospettiva dell'azione dei pubblici poteri e di relazione con il comparto privato. Fino agli anni '80 del XX secolo l'intervento pubblico a livello economico era segnato da una fase espansiva, testimoniata dall'ultimazione dell'opera di nazionalizzazione delle imprese soprattutto in determinati settori strategici per lo sviluppo con lo Stato che si atteggiava quale soggetto produttore e successivamente anche quale finanziatore sostenendo lo sviluppo e la crescita economica del Paese. Tuttavia in questo quadro, il rapporto pubblico privato non era in realtà mai decollato in termini reali di collaborazione rimanendo tuttalpiù relegato al modello concessorio di carattere autoritativo. Gli anni '90 segnavano la presa di coscienza iniziale da parte dei pubblici poteri della crisi dei modelli d'intervento e di organizzazione tradizionale adottati. La crisi del debito pubblico, da un lato registrava tassi di crescita esponenziali e si ripercuoteva in maniera negativa e del tutto insostenibile sugli equilibri della finanza statale, e l'esigenza di competitività delle imprese nel quadro dell'integrazione del mercato unico a livello europeo, e dall'altro favoriva l'avvio di processi di privatizzazione e soprattutto di liberalizzazione in cui allo Stato produttore e finanziatore iniziava a

¹⁴⁸ Cfr. R. Ferrara, *La programmazione "negoziata" fra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 1999, 430 che definisce la programmazione «(...) un modello regolativo di impostazione e di conformazione delle attività economiche, secondo l'ordine di valori canonizzati con sufficiente chiarezza dall'art. 41, ultimo comma, Cost». Per un'analisi in una prospettiva giuridica e storica dell'attività di programmazione si veda tra tutti G.M. Esposito, *Pianificazione e pubblica amministrazione a regime di mercato*, Padova, 2002.

¹⁴⁹ Dal dibattito scaturì per la prima e unica volta nel panorama legislativo nazionale la l. 27 luglio 1967, n. 685, sul programma economico per il quinquennio 1966-1970 che, tuttavia, rimase totalmente inattuata, né ebbe seguito la presentazione di una proposta di legge che definisse le procedure di programmazione a livello economico. L'idea di una programmazione generale dell'economia ebbe esiti fallimentari.

sostituirsi lo Stato regolatore¹⁵⁰. All'azione dello Stato «(...) si sostituisce il mercato attraverso il processo di liberalizzazione (o della privatizzazione) che con le garanzie della regolazione e della regolamentazione, persegue la funzione e l'effetto di restituire i settori dell'economia all'economia (...)»¹⁵¹. Ciò ha determinato, inevitabilmente, un ripensamento ed una riorganizzazione profonda dell'attività di programmazione statale dell'economia¹⁵². In questo mutato contesto «ciò che importa non è la regolamentazione dell'economia attraverso un piano pubblico, ma la restituzione dell'economia al mercato, attraverso un equilibrio nel quale si annulla ogni differenza categoriale, soltanto supposta ed imposta, tra soggetto (pubblico) e soggetto (privato)»¹⁵³. Dallo sviluppo di tale scenario scaturivano le prime esperienze di partenariato, al fine reperire risorse da capitali privati per sviluppare investimenti e avviare collaborazione proficue tra soggetti pubblici e privati. Le prime manifestazioni in tale senso potevano rintracciarsi in particolare nella dinamica procedimentale dell'attività amministrativa che progressivamente cessa di identificarsi quale momento di pertinenza esclusiva dell'autorità pubblica, per diventare un momento condiviso anche con settori della sfera privata, come testimoniano efficacemente i modelli amministrativi consensuali. Un'evoluzione che permette di cogliere a pieno l'itinerario poc'anzi descritto è quella descritta nel passaggio dalla programmazione imperativa alla programmazione negoziata. Quest'ultima, prima denominata contrattazione programmata, non assolveva più alla funzione di controllo in ordine all'attuazione degli interventi nell'area meridionale del Paese bensì alla regolazione degli oneri assunti dalla parte statale e dalla sfera degli operatori economici privati per lo sviluppo industriale. A partire dalla metà degli anni '80 tale modello trovava rilevanza nell'ordinamento interno in particolare con le leggi d'intervento straordinario nell'area meridionale del Paese, dove si iniziava a parlare di accordi

¹⁵⁰ La dottrina è unanime nel ritenere che nel passaggio dallo stato interventista allo Stato regolatore, le funzioni di regolazione e regolamentazione permangono quale nucleo fondamentale delle prerogative di intervento pubblicistico, si veda sul punto S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, cit.; L. Torchia, *La nuova Costituzione economica*, in S. Cassese - C. Franchini (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Bologna, 1994; G. Amato, *La nuova Costituzione economica*, in G. Della Cananea - G. Napolitano (a cura di), *Per una nuova costituzione economica*, Bologna, 1998, 11 ss.; D. Sorace, *Il governo dell'economia*, in G. Amato-A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico. L'azione dei poteri pubblici*, Bologna, 1997, 111.

¹⁵¹ Cfr. G.M. Esposito, *Pianificazione e pubblica amministrazione a regime di mercato*, cit., 53

¹⁵² Sul passaggio dallo Stato interventista allo Stato regolatore si veda R. Garofoli, *Golden shares e authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 1998, 158 ss.

¹⁵³ G.M. Esposito, *Pianificazione e pubblica amministrazione a regime di mercato*, op. cit., p. 52.

di programma sostitutivi di atti di programmazione imperativa¹⁵⁴. Le prime iniziative di contrattazione programmata, tuttavia, risalgono già agli anni '60 e '70 segnatamente nel settore delle politiche urbanistiche mediante accordi di cooperazione pubblico-privato¹⁵⁵, finalizzati ad assicurare interventi per lo sviluppo economico territoriale¹⁵⁶. Si affermava successivamente la nozione di programmazione negoziata¹⁵⁷ di cui alla l. 23 dicembre 1996, n. 662, che disciplinava i modelli di concertazione e di programmazione tra poteri pubblici e tra questi e gli operatori economici privati. Tali modelli sono accomunati dal tratto peculiare di esprimere una libertà in capo alle amministrazioni pubbliche le quali possono regolare rapporti con soggetti privati mediante tali accordi, secondo valutazioni *ex ante* meramente discrezionali, secondo una linea di sviluppo giuridico dei modelli di consensualità amministrativa tracciata dalla l. 7 agosto 1990, n. 241 in materia di procedimento amministrativo. Tale norma ha positivizzato la possibilità per le amministrazioni pubbliche di negoziare

¹⁵⁴ Si veda A. Di Giovanni, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012, 19 ss. che ricostruisce le origine degli interventi mediante contrattazione programmata a favore del Mezzogiorno. Attraverso la delibera CIPE del 18 febbraio 1968 venivano previsti strumenti di consultazione con operatori economici privati per la concessione di incentivi ai fini della realizzazione di investimenti e con la successiva delibera CIPE del 30 ottobre 1969 si prevedeva che la contrattazione programmata potesse essere attività tanto su iniziativa pubblica quanto su iniziativa privata. Con la l. 6 ottobre 1971, n. 853 era stata attribuita la competenza al Ministero per gli interventi straordinari nel Mezzogiorno in ordine alla concessione di incentivi, infine prima con la legge 1 marzo 1986, n. 64 e poi con la delibera CIPI del 16 luglio 1986 aveva introdotto la contrattazione programmata quale strumento al fine del “coinvolgimento dei grandi gruppi nazionali o internazionali nella realizzazione delle azioni integrate previste dal programma triennale per il riequilibrio tecnologico e produttivo del Mezzogiorno” (Cfr. Delibera CIPI del 16 luglio 1986, Direttive per la concessione delle agevolazioni finanziarie previste dalla legge 1 marzo 1986, n. 64, a favore delle attività produttive localizzate nei territori meridionali, in G.U. n. 192 del 20 agosto 1986).

¹⁵⁵ Si veda A. Barone, *Urbanistica consensuale, programmazione negoziata e integrazione comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 261 ss; F. Pellizer, L. Zanetti, *La programmazione negoziata nell'ambito della pianificazione urbanistica e dei lavori pubblici*, in *Ist. Federalismo*, n.2/1999, 301 ss.

¹⁵⁶ Si fa riferimento in particolare ai piani di lottizzazione di cui all'art. 28 della l. 17 agosto 1942, n. 1150 c.d. “Legge urbanistica” così come modificato dalla l. 6 agosto 1967, n. 765 c.d legge “Ponte”, infine ai piani per l'edilizia economica popolare di cui alla l. 18 aprile 1962, n. 167, e le convenzioni di aree interventi di cui all'art. 35 della l. 22 ottobre 1971, n. 865.

¹⁵⁷ Art. 2 comma 203 lett. a) l. 23 dicembre 1996, n. 662 «(...) come tale intendendosi la regolamentazione concordata tra soggetti pubblici o tra il soggetto pubblico competente e la parte o le parti pubbliche o private per l'attuazione di interventi diversi, riferiti ad un'unica finalità di sviluppo, che richiedono una valutazione complessiva delle attività di competenza». Sulla programmazione negoziata si veda R. Ferrara, *La programmazione “negoziata” tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 1999, 429 ss; A. Contieri, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000; E. Esposito, *Amministrazione per accordi e programmazione negoziata*, Napoli, 2000, 55 ss.; P. D'Angiolillo, *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, 2009. Da ultimo si veda M. Petrachi, *Gli accordi tra pubbliche amministrazioni e gli strumenti di programmazione negoziata come istituti di coordinamento*, in G. De Giorgi Cezzi, P. L. Portaluri (a cura di), *La coesione politico-territoriale*, in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, vol. II, Firenze, 2016, 214 ss.

l'esercizio del potere amministrativo con i soggetti destinatari di tale esercizio, ovvero i soggetti privati, attraverso la previsione dell'art. 11 in materia di accordi integrativi e sostitutivi del provvedimento amministrativo, anche in mancanza di un'espressa previsione a livello legislativo⁵⁸.

L'estensione della pertinenza del procedimento amministrativo anche alla sfera privatistica a fianco di quella pubblicistica rappresentava dunque un impulso decisivo per la valorizzazione e la promozione di modelli amministrativi di tipo consensuale e segnava un passo significativo verso il pieno riconoscimento, successivamente consacrato a livello costituzionale, del principio di sussidiarietà orizzontale, quale principio regolatore del rapporto tra pubblico e privato, non soltanto in chiave programmatica, bensì cogente all'interno del quadro ordinamentale giuridico interno.

In questo contesto avveniva la prima positivizzazione del PPP nel diritto nazionale, che ha trovato declinazione giuridica in chiave contrattuale, per la prima volta ad opera del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163⁵⁹ c.d. Codice dei contratti pubblici, la cui *ratio* di fondo è stata illustrata chiaramente dalla giurisprudenza amministrativa⁶⁰. Il legislatore ha scelto di non fornire per il PPP una definizione

⁵⁸ Si veda F. Fracchia, voce *Concessione amministrativa*, *Enc. dir.*, Annali, vol. I, Milano, 2007, 254 che osserva come «La recente modifica della disciplina procedimentale (...) di cui alla l. n. 241, cit., introdotta dalla l. 14 maggio 2005, n. 80, poi, permette alle parti di stipulare l'accordo sostitutivo pur in assenza di una norma di legge che espressamente ne ammetta la possibilità nel caso specifico, segnando una significativa discontinuità rispetto al precedente regime, ove si richiedeva appunto una norma autorizzativa».

⁵⁹ Art. 3, comma 15-ter d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, introdotto dall'art. 2, comma 1, lettera a), d.lgs. n. 152 del 2008, poi dall'art. 44, comma 1, lettera b), legge n. 27 del 2012 secondo cui «Ai fini del presente codice, i «contratti di partenariato pubblico privato» sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat».

⁶⁰ Cons. St., Ad. plen., 03 marzo 2008, n. 1, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1119 ss. che evidenzia come il PPP si fondi sulla *ratio* che «vada rinvenuta nella difficoltà dell'amministrazione di reperire risorse necessarie ad assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio alla collettività. In un quadro di questo tipo, il ricorso a capitali ed energie private diventa momento quasi ineludibile nel difficile compito di garantire un'azione amministrativa efficiente ed efficace, fortemente improntata a criteri di economicità. (...) Si la Commissione che il Parlamento europeo concordano nel ritenere che le forme di partenariato pubblico-privato non costituiscono "l'anticamera" di un processo di privatizzazione delle funzioni pubbliche (...). Per questo motivo l'assemblea di

precisa e puntuale a livello normativo, bensì una sintetica associando a tale nozione alcune fattispecie contrattuali annoverabili in tale categoria. A titolo esemplificativo vengono considerati istituti tipici del PPP le concessioni di lavori e di servizi, la finanza di progetto (ammesso e non concesso che si tratti di un istituto giuridico autonomo e non piuttosto di una tecnica finanziaria adattabile alle concessioni), la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, il contraente generale. Anche le sponsorizzazioni di cui all'art. 26 dell'abrogato d.lgs. n. 163/2006 e quelle in ambito culturale di cui all'art. 199-*bis* erano qualificabili quali forme di PPP. Circa la nozione di PPP, fornita a livello nazionale, la dottrina amministrativistica italiana, non ha risparmiato talvolta critiche¹⁶¹, interrogandosi lungamente sul valore di tale nozione, se essa cioè rappresentasse soltanto un principio giuridico come ritiene il legislatore e la giurisprudenza a livello europeo, incontrando il favore di parte della dottrina¹⁶² oppure se esso individuasse al contrario un istituto definito o una precisa categoria giuridica. L'eterogeneità e la molteplicità delle fattispecie contrattuali annoverabili all'interno del PPP, hanno indotto taluni a considerare quest'ultimo non quale categoria generale di una pluralità di istituti ad esso riconducibili, bensì quale modalità di organizzazione e di azione amministrativa, finalizzata al perseguimento di interessi anche pubblici.¹⁶³

L'avvento del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, preceduto dall'approvazione della l. 28 gennaio 2016, n. 11, che delegava il governo a recepire le nuove direttive europee del 2014 in materia di appalti e concessioni, sottolineando il *favor* legislativo per il ricorso al PPP attesa la difficile situazione della finanza pubblica e la necessità di coinvolgere i

Strasburgo ha qualificato, senza mezzi termini, il partenariato pubblico-privato, in tutte le sue manifestazioni, come un possibile strumento di organizzazione e gestione delle funzioni pubbliche (...).».

¹⁶¹ A. Di Giovanni, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012, 79 ss., che osserva come la nozione di contratto di PPP fornita dal legislatore «sia una definizione insufficiente che difetta sia del profilo funzionale che strutturale della fattispecie giuridica definita. Sotto il primo profilo, infatti, (...) la funzione del contratto di partenariato pubblico privato consiste nella realizzazione ad opera della parte pubblica e del partner privato di un obiettivo comune, ma tale aspetto non è contemplato nella definizione elaborata nel Codice dei contratti. Il legislatore, infatti, vi fa rientrare quelle fattispecie negoziali caratterizzate da prestazioni di finanziamento in capo alla parte privata e dall'assunzione da parte della medesima di almeno una parte dei rischi connessi all'operazione di finanziamento».

¹⁶² Si veda la nota 135 in questo capitolo.

¹⁶³ In tale senso si veda M. Dugato, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, 55.

privati nel perseguimento del pubblico interesse¹⁶⁴, ad avviso di una parte della dottrina ha rappresentato una fuga in avanti da parte del legislatore nazionale rispetto a quello europeo per via della scelta di definire puntualmente il PPP a livello legislativo¹⁶⁵ avvalorando la tesi di chi in dottrina ne sostiene una nozione sostanziale piuttosto che descrittiva. Anche il Consiglio di Stato nel suo parere reso in ordine allo schema di decreto legislativo contenente la disciplina dei contratti pubblici, ha auspicato un'evoluzione della normativa in favore del ricorso a strumenti maggiormente flessibili e innovativi segnatamente al PPP non appena mediante un'opera di razionalizzazione degli istituti vigenti (quali la finanza di progetto e la locazione finanziaria) bensì attraverso un'estensione ad altri strumenti giuridici non necessariamente ricompresi nella concessione¹⁶⁶, accogliendo pertanto il PPP quale categoria giuridica aperta e flessibile. Inoltre i giudici di Palazzo Spada, nel medesimo parere hanno rilevato che «(...) le forme di partenariato pubblico-privato non sono tutte esattamente riconducibili né all'appalto né alla concessione (...)» e che la disciplina generale del contratto di PPP di cui agli artt. 180, 181 e 182 «(...) recano un archetipo generale del partenariato pubblico privato contrattuale (...)».

Il nuovo Codice prevede una definizione puntuale di contratto di partenariato (art. 3, lett. eee) inteso quale «(...) contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa,

¹⁶⁴ All'art. 1 comma 1, lett. ss) l. 28 gennaio 2016, n. 11 si segnala infatti l'esigenza di «razionalizzazione ed estensione delle forme di partenariato pubblico privato, con particolare riguardo alla finanza di progetto e alla locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, incentivandone l'utilizzo anche attraverso il ricorso a strumenti di carattere finanziario innovativi e specifici ed il supporto tecnico alle stazioni appaltanti, garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti;» mentre alla lett. tt) si evidenzia la necessità di «(...) agevolare e ridurre i tempi delle procedure di partenariato pubblico privato, previsione espressa, previa indicazione dell'amministrazione competente, delle modalità e delle tempistiche per addvenire alla predisposizione di specifici studi di fattibilità che consentano di porre a gara progetti con accertata copertura finanziaria derivante dalla verifica dei livelli di bancabilità, garantendo altresì l'acquisizione di tutte le necessarie autorizzazioni, pareri e atti di assenso comunque denominati entro la fase di aggiudicazione;»

¹⁶⁵ In questi termini G. Fidone, *Il partenariato pubblico-privato: una fuga in avanti del legislatore nazionale*, in *Dir. econ.*, n. 2/2016, 384.

¹⁶⁶ Si veda Cons. St., comm. spec., parere 1 aprile 2016, n. 855, in www.giustizia-amministrativa.it

con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore». Tra la nozione di PPP contenute nella disciplina previgente e quella contenuta nell'attuale disciplina, dal punto di vista strettamente formale si nota una differenza vistosa in quanto il vecchio Codice parla di "progettazione" mentre il nuovo omette tale termine parlando soltanto in generale di "realizzazione" senza indicare se la progettazione rientri o meno all'interno di tale categoria. A questo proposito è d'obbligo sottolineare che la nozione che il legislatore ha attribuito al contratto di PPP nel nuovo Codice permette agevolmente di distinguerlo dal contratto di appalto soprattutto con riferimento al ruolo giocato dal soggetto privato, in quanto nella disciplina vigente l'appalto ha ad oggetto soltanto la realizzazione dell'opera. Il contratto di PPP rappresenta dunque un'eccezione alla regola disposta in via generale all'art. 59 del Codice che impone il divieto di appalto integrato, ovvero di affidamento congiunto ad un medesimo soggetto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori¹⁶⁷. Una conferma di quanto appena rilevato, si trova nell'art. 180 secondo cui «(...) il contratto può avere ad oggetto anche la progettazione di fattibilità tecnico ed economica e la progettazione definitiva delle opere e dei servizi connessi». Altre differenze meno vistose sempre dal punto di vista della definizioni emergono tra il vecchio ed il nuovo Codice sul PPP con riferimento da un lato al tema del finanziamento dell'opera che nella disciplina previgente viene ascritto almeno parzialmente a carico del soggetto privato mentre in quella attuale si opera un rinvio generale al contratto quale sede elettiva fonte della modalità di finanziamento stabilite e dall'altro con riferimento al rapporto tra PPP e la concessione che trova una disciplina sostanzialmente autonoma dal primo. Con ciò evidenziando che l'inquadramento della concessione quale *species* del PPP *genus*, oppure quale fattispecie autonoma, è irrilevante ai fini della disciplina delineata a livello europeo. Il tema del rischio nel PPP, invece, non subisce mutazioni in termini di previsioni legislative nel passaggio dal vecchio al nuovo Codice, perché il mancato riferimento esplicito che la nuova disciplina opera agli «(...) orientamenti europei in materia» non vale a scalfire nemmeno alla base il consolidato orientamento giurisprudenziale manifestato in sede europea sul tema dell'applicabilità del trasferimento del rischio legato alla prestazione che

¹⁶⁷ Art. 59 comma 1 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 «È vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori ad esclusione dei casi di affidamento a contraente

caratterizza intrinsecamente e indefettibilmente il profilo giuridico del PPP anche nel diritto interno.

Accanto alla nozione di detto contratto, il Codice ha previsto anche una disciplina di carattere generale e organica per i contratti di PPP (art. 179), quale categoria all'interno della quale possono essere ascritti tanto i negozi giuridici tipici quanto quelli atipici.¹⁶⁸Dalla classificazione di contratti di PPP *per relationem* al contratto di PPP di cui all'art. 180, innanzitutto si evince una contraddizione palese tra procedimenti e contratti laddove la finanza di progetto appartiene ai primi e non certamente ai secondi come testimonia la sua disciplina contenuta nell'art. 183. Al fine di essere ricompresi nel contratto di PPP di cui all'art. 180 i contratti di PPP (quali la finanza di progetto la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e le altre fattispecie atipiche) devono prevedere che il soggetto concessionario venga remunerato dall'amministrazione pubblica assumendosi il rischio di costruzione e uno tra il rischio di disponibilità e quello di domanda. Le fattispecie che emergono dalla presente descrizione delineano l'esistenza delle concessioni di lavori c.d. "fredde" (che nel previgente Codice erano disciplinate all'art. 143 comma 9), ammissibili senza alcun dubbio interpretativo a seguito dell'emanazione della direttiva europea sulle concessioni del 2014, il contratto di disponibilità, la locazione finanziaria di opere pubbliche ed infine il contratto di partenariato pubblico-privato che funge sia da contratto autonomo sul quale convergono le fattispecie atipiche sia come modello paradigmatico cui fanno riferimento le fattispecie di contratti di PPP anzidetti¹⁶⁹. E' del tutto evidente che l'istituto del PPP così come emerge dalla disciplina vigente si attaglia preferibilmente alle c.d opere calde (*self liquidating*) tuttavia anche c.d. opere tiepide trovano riconoscimento nell'art. 180 comma 2 secondo cui per il contratto di PPP «(...) i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto

generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità».

¹⁶⁸ Cfr. Art. 180 comma 8 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 «Nella tipologia dei contratti di cui al comma 1 rientrano la finanza di progetto, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche, il contratto di disponibilità e qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti».

¹⁶⁹ M. Ricchi, *L'Architettura dei Contratti di Concessione e di Partenariato Pubblico Privato nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. 50/2016)*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, n. 3/2016, 816.

forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna». E' evidente che al fine di non svilire il fondamento contrattuale che risiede sul trasferimento del rischio operativo dall'amministrazione pubblica al soggetto privato il prezzo o il contributo versato dall'ente concedente non può essere tale da inficiare l'alea relativa alla gestione economica dell'intervento, e dunque il legislatore ha stabilito che l'eventuale riconoscimento di un prezzo a cui possono aggiungersi eventuali garanzie pubbliche o altre forme di finanziamento a carico dell'ente concedente non può essere superiore al trenta per cento del costo totale dell'intervento comprensivo chiaramente di oneri finanziari. Si deduce pertanto che il prezzo può configurarsi soltanto nel caso in cui le amministrazioni pubbliche impongano all'operatore economico tariffe del valore inferiore a quelle previste dal mercato al fine di garantire l'erogazione di servizi pubblici come avviene nel caso del trasporto locale su gomma e quella ferroviario.

1.6. *Il PPP nell'ordinamento giuridico francese alla luce delle direttive 2014.*

L'ordinamento giuridico francese ha disciplinato il complesso fenomeno del PPP¹⁷⁰, non attraverso un'organica ed unitaria previsione normativa, almeno prima dell'avvento delle direttive europee del 2014, bensì attraverso una pluralità di istituti. La maggioranza della dottrina si era attestata sulla nozione di PPP come «le contrat (pas necessairement de droit public) par lequel une personne publique confie à un tiers, pour une durée a priori assez longue et moyennant une rémunération principalement versée par l'administration et accessoirement les usagers ou les clients du partenaire, la mission de

¹⁷⁰ In dottrina si veda tra gli altri Y. Gaudemet, *Les contrats de partenariat public-privé: étude historique et critique*, in *Bulletin Juridique des Contrats Publics*, 2004, 331 ss.; F. Lichere, *Le contrats de partenariat. Fausse nouveauté ou vraie libéralisations dans la commande publique*, in *Revue du droit public*, 2004, 1547 ss.; A. Menemis, *L'ordonnance sur les partenariats: heureuse innovation oï occasion manquée?*, in *AJDA*, 2004, 1737 ss.; D. Linotte, *Un cadre juridique désormais sécurisé pour les contrats de partenariat*, in *AJDA*, n. 1/2005; M. Cerritelli, *Il contratto di partenariato pubblico-privato nell'ordinamento francese*, in *Riv. amm. app.*, n.1/2006, 3 ss; F. Marty, A. Voisin, S. Trosa, *Les partenariats public-privé*, Paris, 2006, 91 ss; AA.VV. *Evaluation du recours au contrat de partenariat dans le domaine routier. Etude technique, juridique et financière*, Parigi, 2005; F. Brenet, F. Melleray, *Le contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004*, Paris, 2005; AA.VV., *Le contrats de partenariat publics/privés. Presentation des aspects juridiques, fiscaux et financiers*, Parigi, 2006; C. Emery, *Les contrats de partenariat*, in *Encyclopédie Dalloz*, Rép. coll. loc., 3, c. 3210, 2006, 114 ss.A. Di Giovanni, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012, 177 ss; J.P. Colson, P. Idoux, *Droit public économique*, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2014, 350 ss.; P. Delelis, *Partenariats public-privé 10 ans de jurisprudence*, Paris, 2014; F. Brenet, *Les marchés de partenariat de l'ordonnance du 23 juillet 2015: un nouveau départ pour les partenariats public-privé?*, in *Dr. adm.*, 2015; L. Richer, F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2016, 527 ss; AA.VV., *Du contrat de partenariat au marché de partenariat*, in S. Regourd, L. Rapp (dir.), Bruxelles, 2016; G. Farde, *Externaliser la sécurité et la défense en*

réaliser une prestation globale consistant, le plus souvent cumulativement, à imaginer, financier, concevoir, construire, entretenir et/ou exploiter, soit des biens matériels immobiliers ou mobiliers, soit une activité immatérielle nécessaire à la satisfaction des besoins de la personne publique»¹⁷¹. Tra i diversi istituti di PPP, quello sicuramente più interessante è il *contrat de partenariat*, introdotto per la prima volta dall'Ordonnance n. 2004-559 del 17 giugno 2004 (successivamente modificata dall'Ordonnance n. 2008-735 del 28 luglio 2008 e dalla l. 2009-179 del 17 febbraio 2009 “pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés”) che rappresentava inizialmente una fattispecie contrattuale distinta e autonoma rispetto al generale ambito dei contratti pubblici (*marchés publics*) e alle concessioni di servizi (*délégations de service public*). Prima di analizzare il contratto di partenariato, così come introdotto nell'ordinamento giuridico francese, occorre evidenziare che la disciplina frammentaria e disorganica, rifletteva anche una mancanza di unitarietà in termini definitivi per quanto concerne la nozione di PPP, che evidentemente risulta essere più ampia rispetto a quella di contratto di partenariato, in quanto annovera anche altre tipologie contrattuali preesistenti a quest'ultimo, quali le autorizzazioni di occupazione temporanea, *autorisations d'occupation temporaire (AOT)* legate alla possibilità di locazione con opzione di acquisto, *location avec option d'achat (LOA)*, le *baux emphytéotiques administratifs (BEA)*, ovvero *leasing* a lungo termine previste anche nella fattispecie nel settore ospedaliero, le *baux emphytéotiques hospitaliers (BEH)*, finalizzate all'occupazione di suolo pubblico e alla costruzione di strutture sanitarie, così come altre disposizioni legislative di settore, destinate a rispondere ai bisogni dei comparti della giustizia e della sicurezza nazionale¹⁷².

Nell'ordinamento francese il contratto di partenariato pubblico-privato trova le sue radici, in un'altra tipologia contrattuale riferibile al *marché d'entreprise de travaux public (METP)* un contratto mediante il quale un soggetto pubblico affida ad un operatore

france *Le cas des partenariats public-privé*, Paris, 2016; S. Antoniazzi, *Società miste e servizi pubblici locali esperienze nazionali e modello europeo*, Napoli, 2017, 62 ss;

¹⁷¹ Si faccia riferimento a F. Lichère, *Les partenariats public-privés en droit français*, in Id., (dir.), *Partenariats public-privés: Rapports du XVIII congrès de l'académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, 2011, 311 ss. che riprende una definizione di PPP fornita da Philippe Terneyre che è stata generalmente condivisa dalla dottrina prevalente francese in materia.

¹⁷² Si tratta di contratti di PPP di settore, disciplinati dalle l. n. 2002-1094 del 29 agosto 2002 per l'orientamento e la programmazione della sicurezza nazionale, *loi d'orientation sur la sécurité intérieure (LOPSI)* e dalla l. n. 2002-1138 del 9 settembre 2002 per l'orientamento e la programmazione della giustizia, *loi d'orientation sur la justice (LOPJI)*, e dall'Ordonnance del 4 settembre 2003 in materia di sanità pubblica, che hanno aperto la strada al contratto di partenariato introdotto nel 2004, per le quali si veda F. Bergere, *Ten Years of PPP: an initial assesment*, in *OECD Journal on Budgeting*, n. 1/2015, 2016, 115. Da ultimo l'art. 101 de l'Ordonnance del 2015 ha modificato le disposizione del *Code général de la propriété des personnes publiques*, del *Code général des collectivités territoriale* e altri trsti normativi in materia di PPP, a cratterere settoriale per escludere che i BEA e gli AOT possano avere ad oggetto un contratto pubblico. L'art. 102 dell'Ordonnance del 2015 ha disposto poi la soppressione dei BEA, BEH e degli AOT-LOA, nel

economico privato la costruzione e la gestione di un'opera per un periodo di tempo determinato, verso la corresponsione di canoni periodici. La peculiarità di tale contratto risiedeva nella globalità, ovvero nella deroga al divieto di affidamento congiunto al medesimo soggetto della costruzione e della gestione dell'opera stabilito dalla l. 12 luglio 1985, in materia di *maitrise d'ouvrage publique (MOP)* che aveva stabilito a presidio del buon funzionamento del mercato delle aggiudicazioni dei contratti pubblici un duplice principio: il primo secondo il quale l'amministrazione pubblica ha l'obbligo di esercitare la funzione di perseguimento dell'interesse generale, che caratterizza l'aggiudicazione medesima, ed il secondo in base al quale era separato l'affidamento delle funzioni di costruzione da un lato e di gestione dell'opera dall'altro, salvo casi particolari espressamente disciplinati. Il METP aveva pertanto giustificato, proprio per questo suo assetto derogatorio, il dubbio di legittimità che è stato risolto dal *Conseil constitutionnel*¹³³, che ha legittimato tale fattispecie contrattuale, invitando peraltro il governo francese, a disciplinare un nuovo contratto finalizzato alla costruzione e gestione di opere aventi interesse pubblico. Infatti, con la l. 2 luglio 2003, n. 2003-591 è stata introdotta una nuova tipologia di contratto recante le caratteristiche predette, innanzitutto per rimarcare una rottura con l'assetto normativo precedente (in particolare quello del METP) e rinnovare una volontà politica tesa a superare la dicotomia tra appalti pubblici e concessioni. La l. 2 luglio 2003 ha autorizzato, infatti, il governo ad adottare disposizioni legislative necessarie per introdurre una nuova formula contrattuale stipulata da soggetti pubblici, in cui i soggetti privati sono incaricati di una missione di servizio pubblico al fine di concepire, realizzare, trasformare, sfruttare e finanziare opere pubbliche, oppure la gestione ed il finanziamento di servizi pubblici oppure una combinazione di queste differenti missioni. I motivi sottesi all'adozione di tale fattispecie contrattuale, riferibile al PPP, richiamavano considerazioni di ordine economico e di ordine giuridico. Sotto il profilo economico il PPP rappresentava la possibilità per rilanciare i programmi di investimenti pubblici in infrastrutture in un contesto di precarietà in termini di risorse pubbliche, mobilitando capitali privati e associando i privati alla gestione, ma questo non doveva indurre nell'errore di inquadrare tale modello contrattuale in uno strumento finalizzato appena e soltanto ad alleviare le pene dei bilanci pubblici. Proprio in quest'ottica è da segnalare una circolare interministeriale del 29 novembre 2005 in materia di contratti di PPP¹³⁴, indirizzata agli enti territoriali la quale metteva in guardia i

settore della giustizia, della sicurezza e della difesa, abrogando parimenti le previsioni normative contenute nelle leggi di settore.

¹³³ Cfr. *Conseil constitutionnel*, 22 agosto 2002, n. 2002-460, in www.conseil-constitutionnel.fr che ha ammesso la legittimità costituzionale dell'affidamento congiunto della costruzione e gestione dell'opera al medesimo soggetto.

¹³⁴ Cfr. circolare interministeriale del 29 novembre 2005 in materia di contratti di partenariato indirizzata agli enti territoriali, NOR: ECOZ0500081C, in www.legifrance.gouv.fr; Cfr. circolare

medesimi enti dal ricorso a tali strumenti contrattuali soltanto per soddisfare esigenze di finanziamento, mettendo in luce come, invece, tali strumenti introducano una nuova prospettiva nel settore delle aggiudicazioni di contratti pubblici e apportino agli enti territoriali un beneficio in termini di risposte per rispondere ai bisogni della collettività amministrata¹⁷⁵. Sotto il profilo giuridico, invece, l'avvento del PPP arricchisce e amplia innovando gli strumenti contrattuali a disposizione dei soggetti pubblici, anche di quelli territoriali, affiancandosi ai tradizionali istituti quali gli appalti e le concessioni. Tuttavia, il *Conseil constitutionnel*¹⁷⁶, ha posto restrizioni alla possibilità di ricorso al contratto di partenariato: ribadendo, infatti, che il divieto di affidamento ad un medesimo soggetto tanto della costruzione quanto della gestione dell'opera pubblica rimane un principio generale dell'ordinamento dei contratti pubblici e quindi qualificando le ipotesi di affidamento unitario a mere eccezioni, il *Conseil constitutionnel* le ha ritenute possibili soltanto in presenza di altre esigenze meritevoli anch'esse di tutela costituzionale (quali ad esempio l'assicurazione del servizio pubblico, la protezione dell'ordine pubblico e della salute pubblica) e rispondenti al contempo al canone di tutela dell'interesse generale.

Anche se questa decisione ha contribuito ad aggravare il percorso di sviluppo normativo del PPP, il governo francese ha adottato l'*Ordonnance* 17 giugno 2004 n. 2004-559 ratificata poi dalla l. 9 dicembre 2004, n. 2004-1343¹⁷⁷ e le disposizioni attuative inerenti da un lato l'istituzione di una struttura tecnica di *mission* denominata MAPP (*Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat public-privé*)¹⁷⁸ operante sotto l'egida del Ministero dell'Economia, formata da soggetti esperti e avente compiti di assistenza tecnica alle amministrazioni aggiudicatrici per l'elaborazione dei progetti e per l'analisi economica dei medesimi, e dall'altro le modalità di affidamento dei contratti di partenariato¹⁷⁹. Il contratto di PPP introdotto è un contratto amministrativo globale concluso tra un soggetto pubblico ed un operatore economico privato. Tale contratto gode

Ministero dell'Economia, delle Finanze e dell'Industria del 9 maggio 2012 in materia di contratti di partenariato indirizzata agli enti territoriali, NOR: EFIT1206010C, in *ivi*.

¹⁷⁵ In realtà come hanno osservato L. Richer, F. Lichère, *Droits des contrats administratifs*, LGDJ, 2016, 542 «l'interesse per queste novità non si è rivelato agli interessati ed il partenariato è stato percepito principalmente come uno strumento di finanziamento, ciò che ha costituito talvolta un fattore di attrazione e talvolta invece di pericolo».

¹⁷⁶ Conseil constitutionnel, 26 giugno 2003, n. 2003-473, punto 18, in www.conseil-constitutionnel.fr

¹⁷⁷ Per un'analisi più dettagliata circa la disciplina del *contrat de partenariat*, secondo la disciplina del 2004, si vedano tra gli altri A. Ménéménis, *L'ordonnance sur le contrats de partenariat: heureuse innovation ou occasion manquée?*, in *AJDA*, 2004, 1737 ss; A. Bréville, *Avantages comparatifs du contrat de partenariat par rapport aux autres contrast complexes*, in *ivi*, 2004, 1754 ss; R. Apelbaum, *Les PPP et le développement du droit public français à l'étranger*, in *ivi*, 2004, 1759 ss;

¹⁷⁸ Cfr. Décret 19 ottobre 2004, n. 2004-1119 avente ad oggetto l'istituzione di una specifica struttura tecnica di *mission*, ovvero la MAPP.

¹⁷⁹ Cfr. Décret 27 ottobre 2004, n. 2004-1145 avente ad oggetto disposizioni di attuazione dell'*Ordonnance* 17 giugno 2004 n. 2004-559.

di un regime giuridico, come ricordato in precedenza, derogatorio rispetto alla generalità dei contratti pubblici previsti dall'ordinamento francese. All'art. 1 era definito il contratto di partenariato come un contratto amministrativo, attraverso cui lo Stato o un altro ente pubblico statale conferisce ad un terzo, per un periodo determinato in funzione del tempo di ammortamento degli investimenti o delle modalità di finanziamento definite, una missione globale con ad oggetto il finanziamento di investimenti immateriali, di opere o attrezzature necessarie al servizio pubblico, la costruzione o la trasformazione così come la manutenzione, il mantenimento, lo sfruttamento a livello economico, la gestione operativa dell'opera, delle infrastrutture e dei beni immateriali correlati così come il loro finanziamento totale o parziale ad esclusione della partecipazione al capitale⁹⁰. Il successivo art. 2⁹¹ disponeva, in recepimento delle riserve costituzionali ribadite dal *Conseil constitutionnel*, che le amministrazioni pubbliche possono ricorrere, previa valutazione preliminare della fattibilità del progetto, a tale forma contrattuale sulla base di un duplice requisito, ovvero la complessità del progetto e la situazione di urgenza, nella prima ipotesi si procedeva mediante dialogo competitivo mentre nella seconda mediante procedura ristretta, fermo restando l'applicazione dei principi di rango europeo stabiliti nella direttiva allora vigente, ovvero 2004/18/CE e nel relativo decreto di recepimento del 7 gennaio 2004, n. 15. Il requisito della complessità⁹² afferisce alla evenienza che

⁹⁰ Cfr. art. 1 Ordonnance 17 giugno 2004 n. 2004-559 «Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital. Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée».

⁹¹ «Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que pour la réalisation de projets pour lesquels une évaluation, à laquelle la personne publique procède avant le lancement de la procédure de passation :a) Montre ou bien que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet, ou bien que le projet présente un caractère d'urgence; b) Expose avec précision les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif, qui l'ont conduite, après une analyse comparative, notamment en termes de coût global, de performance et de partage des risques, de différentes options, à retenir le projet envisagé et à décider de lancer une procédure de passation d'un contrat de partenariat. En cas d'urgence, cet exposé peut être succinct. L'évaluation est réalisée avec le concours d'un organisme expert choisi parmi ceux créés par décret».

⁹² Si veda la decisione della Cour administrative d'appel de Lyon de 2 gennaio 2014, n. 12LY02827, in www.legifrance.gouv.fr che ha ravvisato tra i motivi di nullità di un contratto di partenariato l'assenza di una sufficiente complessità del progetto presentato dal Comune di Commeny, che aveva deciso di ricorrere al contratto di partenariato per costruire una piscina. La Corte ha ritenuto che i documenti allegati al progetto di costruzione della piscina erano insufficienti a dimostrare il carattere della complessità ritenendo che il comune era in grado stabilire autonomamente senza ricorrere al contratto di partenariato le specificità tecniche del progetto medesimo. Circa il requisito della complessità si veda anche Tribunal Administratif de Montpellier, 26 febbraio 2010, *Nme N. Dillenschneider*, n. 0803471, in www.legifrance.gouv.fr che ha rilevato come la complessità architettonica e e tecnica può essere sufficiente a caratterizzare

l'amministrazione pubblica non disponga dei mezzi, delle competenze e delle risorse necessarie ai fini della realizzazione del progetto per la sua accertata complessità, mentre il requisito dell'urgenza¹³³ attiene alla possibilità di colmare un ritardo che altrimenti potrebbe compromettere l'interesse generale rispetto alla realizzazione di opere pubbliche o all'assolvimento dell'esercizio di un servizio pubblico o ancora di fare fronte ad una situazione imprevedibile. Il presupposto dell'urgenza ai fini del ricorso allo strumento derogatorio del contratto di PPP è stato chiarito per via giurisprudenziale ed è stato ravvisato anche quando l'eventuale ritardo predetto derivi da una lacuna dell'amministrazione pubblica¹³⁴. Il requisito dell'urgenza deve sussistere inoltre indipendentemente dalla valutazione circa la maggiore brevità dal punto di vista delle tempistiche procedurali del contratto di PPP rispetto alle ordinarie procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici. Sempre ad avviso della giurisprudenza, lo strumento del contratto di PPP persegue la finalità di consentire alle amministrazioni pubbliche la possibilità di negoziare i contratti di partenariato senza l'intervento nel mercato e quindi le disposizioni del 2004 in materia di PPP non si pongono in contrasto con i principi sanciti a livello europeo di libertà di commercio e libertà di industria né tantomeno con il principio di concorrenza.

Innanzitutto a detti criteri, in presenza dei quali era giustificato il ricorso al contratto di PPP, l'art. 2 della l. n. 2008-735 del 28 luglio 2008¹³⁵ (che riscriveva l'art. 2

il criterio della complessità giustificando così il ricorso al contratto di PPP e nota a sentenza di F. Brenet, *Conditions d'éligibilité du contrat de partenariat: la complexité du projet devant le juge administratif*, in *Dr. adm.*, 2010, 94 ss.

¹³³ Il Conseil constitutionnel, 26 giugno 2003, n. 2003-473 DC, in www.conseil-constitutionnel.fr si è espresso in materia di requisito di urgenza rilevando che «il résulte des termes mêmes de la décision que l'urgence qui s'attache à la réalisation du projet envisagé est au nombre des motifs d'intérêt général pouvant justifier la passation d'un contrat de partenariat, dès lors qu'il résulte objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave affectant la réalisation d'équipements collectifs». Tale orientamento è stato parimenti confermato anche nella sentenza del Conseil constitutionnel, 24 luglio 2008 DC, n. 2008-567, in www.conseil-constitutionnel.fr prima della promulgazione della l. n. 2008-735, 28 luglio 2008, in cui è stato asserito che può configurarsi il requisito di urgenza «lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible»

¹³⁴ Si veda Conseil d'Etat, 23 juillet 2010 n. 326544, in www.legifrance.gouv.fr che in una decisione a proposito del collège di Villamandeur, ha confermato un'accezione ampia di nozione di urgenza quale presupposto di ricorso al contratto di partenariato ritenendo che l'urgenza deve «résulter objectivement, dans un secteur ou une zone géographique déterminés, de la nécessité de rattraper un retard particulièrement grave, préjudiciable à l'intérêt général, affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles qu'en soient les causes». Quindi poco importa se la causa è imputabile o meno al soggetto pubblico. Tuttavia, il Conseil d'Etat ha precisato che l'urgenza non può essere caratterizzata «de simples difficultés ou inconvénients».

¹³⁵ « I.-Les contrats de partenariat donnent lieu à une évaluation préalable, réalisée avec le concours de l'un des organismes experts créés par décret, faisant apparaître les motifs de caractère économique, financier, juridique et administratif qui conduisent la personne publique à engager la

dell'*Ordonnance* del 2004), relativa ai contratti di partenariato, aveva chiarito meglio la laconica previsione dell'*Ordonnance* del 2004, circa la valutazione preliminare della fattibilità del progetto, connotandone e chiarendone meglio il contenuto. Il ricorso al contratto di partenariato da parte dell'amministrazione pubblica è subordinato ad una previa valutazione preliminare dell'iniziativa (*évaluation préalable*) di PPP in cui il soggetto pubblico verifica la fattibilità del progetto sotto il profilo economico, finanziario, giuridico e amministrativo, che deve precedere necessariamente la selezione dell'operatore economico privato, tenendo in considerazione nell'attività di comparazione dei fattori in gioco, alcuni aspetti significativi, ma non esaustivi, quali il costo globale, la performance ed infine la ripartizione dei rischi, precisando che in caso di circostanze imprevedibili tale valutazione comparativa può rivestire anche forma succinta.

Inoltre la l. del 28 luglio 2008 aveva aggiunto anche un terzo requisito, ovvero quello dell'efficienza economica¹⁸⁶ che tenuto conto delle caratteristiche del progetto, è possibile dimostrare in base ad una previa valutazione di come sia preferibile, non solo sotto l'ovvio profilo riferibile appena al risparmio di risorse economiche per l'amministrazione pubblica, il ricorso allo strumento del contratto di PPP in luogo di un altro contratto pubblico. Se l'attività giurisprudenziale del *Conseil constitutionnel* ha da un lato avallato il ricorso allo strumento del contratto di partenariato, dall'altro si è fermamente opposto ad un ricorso generalizzato e indiscriminato del medesimo istituto giuridico,

procédure de passation d'un tel contrat. Chaque organisme expert élabore, dans son domaine de compétences, une méthodologie déterminant les critères d'élaboration de cette évaluation dans les conditions fixées par le ministre chargé de l'économie. Cette évaluation comporte une analyse comparative de différentes options, notamment en termes de coût global hors taxes, de partage des risques et de performance, ainsi qu'au regard des préoccupations de développement durable. Lorsqu'il s'agit de faire face à une situation imprévisible, cette évaluation peut être succincte. II. - Les contrats de partenariat ne peuvent être conclus que si, au regard de l'évaluation, il s'avère: 1° Que, compte tenu de la complexité du projet, la personne publique n'est pas objectivement en mesure de définir seule et à l'avance les moyens techniques répondant à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet; 2° Ou bien que le projet présente un caractère d'urgence, lorsqu'il s'agit de rattraper un retard préjudiciable à l'intérêt général affectant la réalisation d'équipements collectifs ou l'exercice d'une mission de service public, quelles que soient les causes de ce retard, ou de faire face à une situation imprévisible (...)

¹⁸⁶ Cfr. art 2 l. n. 2008-735, 28 luglio 2008 «III. - (...) compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable que ceux d'autres contrats de la commande publique. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage». Questo requisito era stato validato anche da una pronuncia del *Conseil constitutionnel*, 24 luglio 2008 DC, n. 2008-567 che ha osservato, tuttavia, criticamente come «la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics».

atteso pur sempre il suo regime derogatorio nell'ambito dei contratti pubblici e quindi soggetto alle prescrizioni e condizioni stabilite e regolate dalla legge¹⁵⁷.

Dunque, i tre requisiti, che abilitano il ricorso al contratto di PPP sono da intendersi in un rapporto non di cumulatività bensì di alternatività. Per quanto attiene all'oggetto, il *contrat de partenariat* si configura quale contratto globale, ovvero comprensivo obbligatoriamente della costruzione o trasformazione di opere, dotazioni o altri investimenti, dell'esercizio e/o della gestione e/o manutenzione e/o sviluppo degli investimenti, ed infine del finanziamento di investimenti in beni immateriali, dotazioni ed opere necessarie ad un pubblico servizio. E' contemplato peraltro che il contratto possa comprendere i servizi complementari e la progettazione, anche parziale delle opere oggetto di affidamento.

Gli elementi costitutivi minimi e obbligatori del contratto sono previsti all'art. 11, la cui assenza assurge a causa di nullità del contratto. I contenuti indefettibili di quest'ultimo sono individuati nella durata che normalmente è piuttosto lunga nelle tipologie dei contratti di PPP¹⁵⁸ anche se la disciplina del 2004 non ha fissato una durata né minima né tantomeno massima del rapporto contrattuale partenariale che viene concluso ai sensi dell'art. 1 dell'*Ordonnance* del 17 giugno 2004, per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento degli investimenti o delle modalità di finanziamento coinvolte.

Un altro aspetto indefettibile, risiede nell'individuazione delle condizioni in virtù delle quali viene disposta la ripartizione dei rischi, nella fissazione dei livelli di *performance* nella definizione delle modalità di remunerazione e di variazione del prezzo inerenti il contratto. Anche sotto quest'ultimo profilo, viene in rilievo che la remunerazione della controparte privata per tutta la durata del contratto è rappresentata dal pagamento corrisposto da parte del soggetto pubblico e può essere legata ad obiettivi di *performance* da conseguire ad opera del *partner* privato. Dal punto di vista finanziario come ha opportunamente evidenziato parte della dottrina¹⁵⁹, l'*Ordonnance* del 2004 ha di fatto improntato il *contrat de partenariat* in parte alla disciplina afferente agli appalti pubblici in parte alla disciplina inerente le concessioni.

¹⁵⁷ A questo proposito il Conseil constitutionnel, 24 luglio 2008, n. 2008-567 DC, punto 14, che censurando una parte della l. n. 2008-735, 28 luglio 2008 la quale ha qualificato d'«urgenza» una serie di progetti, afferenti a diversi ambiti quali le infrastrutture di trasporto, i lavori per l'efficientamento energetico dell'illuminazione pubblica e altri sul presupposto che così facendo si avrebbe avuto un «effet de limiter la portée de l'évaluation préalable et d'empêcher le juge d'exercer son contrôle sur le caractère d'urgence».

¹⁵⁸ Come ha confermato Y. Gaudemet, *l'ordonnance sur les contrats de partenariat: étude historique et critique*, in *BJContrat de partenariat*, 2004, 338 secondo cui la durata dei contratti di PPP deve risultare «proportionnée à leur objet et à l'importance du financement requis» (proporzionata al loro oggetto e alla rilevanza del finanziamento richiesto).

¹⁵⁹ D. Linotte, *Un cadre juridique désormais sécurisé pour les contrats de partenariat*, cit., 16.

Dal primo novero di disciplina ha assorbito, infatti, la remunerazione del rapporto contrattuale che viene assicurata dal soggetto pubblico e dalla seconda ha mutuato, invece, la remunerazione che viene stabilita nel tempo e può inoltre essere legata al conseguimento di obiettivi di *performance*. Vi sono anche però elementi che distinguono significativamente il contratto di PPP rispetto sia all'appalto sia alla concessione come ha sottolineato attenta dottrina¹⁹⁰. Il *contrat de partenariat*, tuttavia, differisce dalla disciplina dell'appalto pubblico nella parte in cui prevede la lunga durata del rapporto contrattuale, il prefinanziamento, ed il pagamento differito nel tempo connesso alle *performance*, infine la valutazione economica quale costo globale dell'opera. Rispetto alla concessione, invece, *il contrat del partenariat*, non ha il finanziamento privato ed il rischio di domanda. Infatti da questo di vista il contratto di PPP vigente nell'ordinamento francese, si caratterizza per un rischio finanziario (rappresentato dal prefinanziamento e dalla remunerazione nel tempo delle prestazioni) sbilanciato maggiormente sul soggetto privato rispetto allo schema contrattuale dell'appalto, inoltre è anche da considerare il rischio di costo globale atteso che al costo del contratto vengono sommati anche i costi di gestione e di manutenzione di lungo periodo. Altri elementi indefettibili da prevedere nell'ambito del rapporto contrattuale rimandano all'individuazione delle sanzioni e delle penali, alla limitazione alla cessione del contratto ed infine nella disciplina del contenzioso e dell'arbitrato. Gli aspetti positivi di tale forma contrattuale si evincono dalla previsione del prefinanziamento da parte del soggetto privato, l'innovazione, le garanzie di qualità dei servizi e la valutazione del costo globale dell'intervento posti in una fase antecedente l'aggiudicazione del contratto mediante la procedura del dialogo competitivo.

A fronte di tale quadro normativo, che ha fortemente limitato il ricorso al contratto di PPP, considerato un rimedio derogatorio rispetto alla disciplina ordinaria circa l'aggiudicazione dei contratti pubblici, la dottrina¹⁹¹ ha ravvisato scarso interesse da parte delle amministrazioni aggiudicatrici a ricorrere a tale contratto. In particolare il *Rapport sénatorial Sueur-Portelli* del giugno 2014¹⁹² ha rappresentato lo strumento che ha permesso di fare emergere all'attenzione del Parlamento, dell'esecutivo e degli operatori del mercato degli appalti pubblici e delle concessioni in modo approfondito e documentato i vantaggi e le potenzialità¹⁹³, ma anche le maggiori criticità e le principali

¹⁹⁰ S. Antoniazzi, *Società miste e servizi pubblici locali esperienze nazionali e modello europeo*, cit., 64.

¹⁹¹ L. Richer, F. Lichèr, *Droit des contrats administratifs*, cit., 544.

¹⁹² Cfr. Sénat, Sessione Extraordinaire de 2013-2014, Rapport d'information de MM. Jean-Pierre Sueur et Hugues Portelli, fait au nom de la commission des lois, n. 733 (2013-2014) - 16 luglio 2014 in www.senat.fr

¹⁹³ Sénat, Sessione Extraordinaire de 2013-2014, Rapport d'information de MM. Jean-Pierre Sueur et Hugues Portelli, fait au nom de la commission des lois, n. 733 (2013-2014) - 16 luglio 2014 in www.senat.fr che ha sottolineato come il contratto di PPP «(...) permet à la personne publique de n'avoir qu'un seul interlocuteur pour son exécution, gage de simplicité pour elle. Ce caractère global est censé également permettre une meilleure maîtrise des délais d'exécution et des

asimmetrie¹⁹⁴ del PPP. Tale rapporto ha operato sostanzialmente un bilancio complessivo del PPP a dieci anni dalla sua introduzione nel panorama normativo francese. E' stato

économies pour la personne publique par une association de la conception et de la réalisation: le projet est ainsi conçu, dès l'origine, dans la perspective de son exploitation et de son entretien. Enfin, les coûts sont prévisibles dès la conclusion du contrat et le partage des risques mieux assuré. En outre, il permet un étalement dans le temps de la dépense d'investissement, permettant ainsi d'accélérer la réalisation d'investissements publics et de bénéficier d'effets d'échelle ou de série sur les coûts de réalisation». Inoltre il Rapporto ha rilevato il rischio che il contratto di PPP presenta soprattutto per le generazioni future in particolare sotto il profilo finanziario in quanto «(...) le contrat de partenariat est une bombe à retardement budgétaire souvent ignorée par des arbitrages de court terme. Le contrat de partenariat rigidifie la dépense publique car les loyers sont des dépenses obligatoires pour la personne publique, ce qui provoque un effet d'éviction sur les autres dépenses de fonctionnement, parfois pour des projets en maîtrise d'ouvrage publique. De même, le paiement différé est une facilité pour la personne publique qui peut la conduire à surestimer ses capacités d'investissement. De surcroît, au gré de l'exécution du contrat, le coût final du projet peut évoluer, malgré l'évaluation préalable. En outre, le contrat de partenariat n'est pas forcément adapté aux projets en cours, comme le montre le plan Campus. Enfin, les collectivités territoriales, en particulier les plus modestes d'entre elles, ne disposent pas des ressources internes suffisantes pour négocier avec des grands groupes disposant de l'appui de plusieurs conseils: la situation est asymétrique. Ce risque est d'autant plus préoccupant que les personnes publiques développent un «syndrome d'addiction»: il est difficile d'écarter ce type de contrats pour les projets suivants car la personne publique perd progressivement les capacités internes pour assurer la maîtrise d'ouvrage publique».

¹⁹⁴ Cfr. Sénat, Sessione Extraordinaire de 2013-2014, Rapport d'information de MM. Jean-Pierre Sueue et Hugues Portelli, fait au nom de la commission des lois, n. 733 (2013-2014) - 16 luglio 2014 in www.senat.fr secondo cui il contratto di PPP ha portato al disconoscimento della specificità dei compiti e delle funzioni in quanto «Avec un contrat de partenariat, la personne publique choisit en une seule fois les instances qui assureront le financement du projet, son architecture, sa construction, son exploitation, sa maintenance, son entretien. Ce choix global présente de nombreux inconvénients. En effet, il ne garantit en rien que les choix optimaux sont faits pour chaque fonction». Un altro rilievo avanzato nel Rapporto attiene al potenziale conflitto d'interessi che riguarda la struttura tecnica di *mission* denominata MAPP (*Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat public-privé*) che «(...) a pour mission de fournir un appui dans la préparation, la négociation et le suivi des contrats de partenariat mais également de valider les évaluations préalables des contrats conclus par l'État et, à leur demande, par les collectivités territoriales. Ce cumul des fonctions de promotion et d'évaluation suscite des interrogations sur le parti pris favorable de la Mapp en faveur de ces contrats. La structure est placée dans une situation potentielle de conflit d'intérêts». Proprio sulla valutazione preliminare che dovrebbe rappresentare una garanzia di trasparenza e oggettività della decisione assunta dall'amministrazione pubblica, si sono concentrati altri rilievi mossi dal Rapporto che ha segnalato come «(...) l'évaluation préalable, rendue obligatoire avant la conclusion de tout contrat de partenariat, devait apporter un gain en termes de transparence et d'objectivation de la décision publique. L'expérience tend pourtant à démontrer que l'évaluation préalable ne constitue pas un véritable outil d'aide à la décision mais plus souvent une justification a posteriori du choix préalable de recourir à un contrat de partenariat». Peraltro proprio secondo la *Cour des comptes*, e l'*Inspection générale des finances* «(...) la faible qualité des indicateurs et les biais, notamment en défaveur de la maîtrise d'ouvrage publique, conduisent généralement à favoriser les contrats de partenariat». Infine il Rapporto denuncia anche la penalizzazione delle piccole e medie imprese nell'accesso al mercato del PPP in quanto «Les contrats de partenariat sont conclus essentiellement avec des grands groupes (Bouygues, Eiffage, Vinci). Les PME et TPE ont un accès très difficile aux contrats de partenariat, même de taille réduite. Elles sont alors reléguées à la «sous-traitance» du contrat de partenariat, sans bénéficier cependant des mêmes garanties que dans le cas d'un marché public classique».

messo in luce, innanzitutto, come il *contrat de partenariat*, da fattispecie subordinata all'avveramento di determinate condizioni e derogatoria rispetto alla disciplina generale del diritto dei contratti pubblici, è diventato a seguito dell'*Ordonnance* del 2004, di fatto un mezzo contrattuale al pari di altri ponendosi in concorrenza rispetto sia agli appalti sia alle concessioni. Dopo numerosi rapporti a cura della *Cour des comptes*¹⁹⁵, dell'*Inspection générale des finances* o del *Conseil général de l'environnement et du développement durable*, la domanda cui ha cercato di rispondere il citato Rapporto è stata se i contratti di PPP rappresentano una bomba ad orologeria per le amministrazioni pubbliche che decidono di avvalersi di tali strumenti.

A fronte dell'indagine parlamentare condotta, che ha prospettato una revisione profonda della materia¹⁹⁶, adducendo proposte concrete è emersa la necessità di modificare in sede legislativa la disciplina relativa ai contratti di PPP per via delle numerose ed evidenti criticità¹⁹⁷, anche e soprattutto cogliendo l'occasione per recepire le direttive

¹⁹⁵ Cfr. Cour des comptes, *Les partenariats public-privé des collectivités territoriales: des risques à maîtriser*, Rapport public annuel 2015, 11 febbraio 2015, in www.ccomptes.fr che a sottoposto ad esame 29 *contrats de partenariat* locali (sui 149 vagliati dalla MAPP che rappresentano investimenti pari a 4,1 mld di euro). La durata di questi contratti varia tra 10 e 20 ans. L'ammontare di un *contrat de partenariat* locale è pari 26 mln di euro (a fronte di circa 250 mln di euro per i contratti stipulati dallo Stato). L'oggetto, il perimetro, la durata et l'impiego finanziario dei contratti è molto diversificato. La Corte ha rilevato due sottoinsieme specifici: i contratti relativi all'illuminazione pubblica (1/3 del totale) ed i contratti dedicati alla costruzione degli stadi in vista di Euro 2016 (Lille, Marsiglia e Nizza) che rappresentano l'ammontare del valore dei contratti più significativo. Dal rapporto emergono notevoli criticità per i *contrats de partenariat* conclusi dagli enti locali, *in primis* canoni di prezzo troppo elevati e costi previsionali sempre sforati rispetto alle previsioni, in secondo luogo valutazioni preliminari insufficienti e distorte. Un'altra criticità riscontrata attiene all'opacità con cui si procede all'attribuzione dei contratti, che si estende alle clausole contrattuali, che si riverberano problematicamente sull'esecuzione del contratto medesimo. Si è registrato, inoltre, il ruolo ambiguo della struttura tecnica MAPP, per concludere, in ordine ai riscontri ottenuti, che «Le contrat de partenariat ne présente pas pour les collectivités locales d'avantages décisifs par rapport aux formules classiques de la commande publique ou de gestion déléguée». La Corte ha dettato alcune condizioni preliminari agli enti locali per stipulare i *contrats de partenariat*: valore d'investimento significativo, dimostrazione della sostenibilità fiscale, motivi fondati di complessità, urgenza ed efficacia economica, valutazioni preliminari non distorte, ripartizione dei rischi equilibrata tra ente locale e titolare privato del contratto, reale concorrenza nell'aggiudicazione del contratto ed, infine, reale capacità dell'ente locale di negoziare e assicurare l'esecuzione del contratto per tutta la durata.

¹⁹⁶ Cfr. Sénat, Sessione Extraordinaire de 2013-2014, Rapport d'information de MM. Jean-Pierre Sueue et Hugues Portelli, fait au nom de la commission des lois, n. 733 (2013-2014) - 16 luglio 2014 in www.senat.fr che formula quali proposte di modifica per il PPP innanzitutto la precisazione in chiave maggiormente definita dei requisiti per il ricorso al PPP, ovvero la complessità e l'urgenza, oltrechè la soppressione del criterio dell'efficienza economica introdotto nel 2008. Le proposte si concentrano anche sull'invito a riservare un'accesso effettivo alle piccole e medie imprese al mercato del PPP, sulla definizione di una dottrina chiara sul ricorso al PPP ed infine sul rafforzamento dell'informazione in questo settore nei confronti degli enti locali.

¹⁹⁷ Si veda F. Brenet, *Les marchés de partenariat de l'ordonnance du 23 juillet 2015: un nouveau départ pour les partenariats public-privé*, cit., che ha rilevato come le *contrats de partenariat*, introdotto dall'*Ordonnance* del 17 giugno 2004 al fine di rispondere alle esigenze delle amministrazioni pubbliche «(...) a rapidement suscité leur crainte, au point de devenir parfois un véritable repoussoir. En effet, les conditions du recours au contrat de partenariat ont généré un contentieux remarqué (notamment quant à la mise en oeuvre des conditions d'urgence et de complexité) et ont créé un fort climat d'insécurité juridique qui n'était évidemment pas fait pour attirer les investisseurs et leurs financeurs et rassurer les acheteurs publics. De même, plusieurs travaux et études ont souligné que les personnes publiques recouraient parfois au contrat

europee del 2014 che hanno modificato l'assetto normativo per quanto concerne gli appalti pubblici e le concessioni.

Al fine di garantire la conformità del diritto francese al diritto europeo nel quadro della trasposizione delle predette direttive europee il legislatore francese ha operato una delimitazione chiara della categoria dei contratti pubblici, per ampliare la possibilità di ricorso al contratto di PPP, adottando l'*Ordonnance* n. 2015-899 del 23 luglio 2015, ratificata dall'art. 39 della l. n. 2016-1691 del 9 dicembre 2016⁹⁸. All'art. 67 dell'*Ordonnance* citata viene definito il *marché de partenariat*, quale categoria specifica all'interno della categoria generale degli appalti pubblici (*marché public*) «(...) qui permet de confier à un opérateur économique ou à un groupement d'opérateurs économiques une mission globale ayant pour objet : 1° La construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général; 2° Tout ou partie de leur financement. Le titulaire du marché de partenariat assure la maîtrise d'ouvrage de l'opération à réaliser». Una delle principali novità risiede nella ridenominazione del *contrat de partenariat* in *marchés de partenariat*, nel solco di quanto già aveva acutamente potuto cogliere il *Conseil d'Etat* in un precedente arresto giurisprudenziale, al tempo in cui vennero emanate le direttive europee in materia di appalti del 2004, inquadrando già allora i contratti di PPP nel novero degli appalti pubblici declinati nel senso europeo⁹⁹.

L'altra novità più significativa dell'*Ordonnance* del 2015 è sicuramente rappresentata dalla soppressione dei requisiti di complessità ed urgenza ai fini del ricorso ai contratti di PPP. Il contratto di partenariato del 2004, nella nuova disciplina del 2015 che ha disciplinato in maniera unitaria ed organica tutte le fattispecie di PPP in quadro normativo omogeneo, è stato configurato quale appalto pubblico, ovvero un contratto amministrativo in base a quanto stabilisce l'art. 3. La disciplina del *marchés de partenariat*

de partenariat pour de mauvaises raisons, sans avoir pris la pleine mesure des enjeux financiers qui s'y attachent, et il a fallu l'intervention du législateur pour interdire à toute une série d'organismes centraux d'y recourir. Au-delà de ces éléments, le contrat de partenariat a rapidement été concurrencé par des montages contractuels reposant notamment sur des techniques d'occupation domaniale (BEA et AOT constitutive de droits réels) et sur des contrats de construction-location (montages dits "aller-retour") et la modification de l'ordonnance du 17 juin 2004 en 2008 et en 2009 en vue de faciliter le recours au contrat de partenariat n'a pas suffi à inverser la tendance. Importante en soi, cette concurrence entre catégories contractuelles renvoyait à la question, plus fondamentale, du positionnement des contrats de partenariat dans l'architecture générale des contrats publics».

⁹⁸ Cfr. Comunicato stampa del Conseil des ministres del 21 ottobre 2015, in www.gouvernement.fr ad avviso del quale il progetto di legge che ratifica l'Ordonnance n° 2015-899 del 23 luglio 2015 «(...) établit enfin un cadre juridique sécurisé pour le recours aux partenariats public-privé, à la lumière du bilan des dix années de pratique de ces contrats et d'expériences étrangères. Elle procède ainsi à une unification et à une consolidation des différentes formules contractuelles existantes au profit d'une forme unique, générique et transversale : le contrat de partenariat rénové, dont la qualification juridique comme marché public est consacrée par un changement d'appellation en "marché de partenariat"».

è soggetta a quella generale degli appalti pubblici salvo per determinate regole di cui all'art. 66 dell'*Ordonnance* n. 2015-899 del 23 luglio 2015 e all'art. 143 del *Decrèt* n. 2016-360 del 25 marzo 2016. Il *marchés de partenariat* individua un contratto che viene remunerato da parte del soggetto pubblico e implica quindi un pre-finanziamento di matrice privata per la realizzazione delle operazioni previste. Il soggetto titolare del contratto di appalto di partenariato è remunerato dal soggetto pubblico mediante la corresponsione di canoni periodici in base alla disponibilità delle opere costruite. Il pagamento è differito in quanto vengono remunerate le prestazioni previste da parte del soggetto pubblico a partire dalla conclusione dei lavori²⁹⁹. Inoltre gli obiettivi di *performance* come ricordato anche in precedenza giocano un ruolo fondamentale anche nel *marchés de partenariat*, infatti, la remunerazione stessa del soggetto privato titolare del contratto di appalto di partenariato è legato strettamente ai criteri di performance relativi alle diverse fasi del contratto stipulato. Ciò consente ad esempio di ridurre la remunerazione nei casi di *performance* inferiori a quelle prestabilite. Il *marchés de partenariat* è un contratto globale avente ad oggetto sia missioni principali, obbligatorie, sia missioni complementari. Nelle prime vengono annoverate il parziale o totale finanziamento, la costruzione, la trasformazione, la ristrutturazione, la demolizione, la distruzione delle opere, degli impianti e dei beni immateriali necessari all'esercizio del servizio pubblico o all'assolvimento di un compito d'interesse generale. Nelle seconde, invece, viene prevista in tutto o in parte³⁰⁰ la missione finalizzata all'ideazione del progetto in quanto uno dei principali vantaggi del contratto di appalto di partenariato risiede nella possibilità di associare l'ideazione e la realizzazione di un progetto per assicurare una migliore efficacia del contratto. Tra le missioni complementari possono essere ascritte anche la pianificazione, la manutenzione, il mantenimento, la gestione o lo sfruttamento

²⁹⁹ Cfr. Conseil d'Etat, 29 ottobre 2004, n. 269814 in www.legifrance.gouv.fr

³⁰⁰ Tuttavia, l'art. 80 dell'*Ordonnance* n. 2015-899 del 23 luglio 2015. e l'art. 160 del *Decrèt* n. 2016-360 del 25 marzo 2016 hanno previsto la possibilità che il finanziamento possa provenire anche dal soggetto pubblico, prendendo la forma ad esempio dell'acquisizione di una partecipazione di minoranza nel capitale della società costituita dal soggetto privato titolare dell'appalto di partenariato al fine di realizzare il progetto. La partecipazione del soggetto pubblico può esplicitarsi anche nel versamento a titolo di anticipo e di acconto, senza che il versamento medesimo assuma tuttavia i caratteri della sistematicità.

³⁰¹ Nel caso in cui soltanto una parte dell'ideazione del progetto venga affidata al titolare del contratto di appalto di partenariato, il soggetto pubblico è autorizzato a derogare alla norma di cui all'art. 7 della l. n. 85-704 del 12 luglio 1985 relativa al divieto di demandare al medesimo soggetto sia la costruzione sia la gestione dell'opera. Si veda F. Brenet, *Les marchés de partenariat de l'ordonnance du 23 juillet 2015: un nouveau départ pour les partenariats public-privé?*, cit., secondo cui la norma di cui all'art. 67, comma 2, punto 1° «(...) fait basculer l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion des ouvrages, équipements ou biens immatériels dans la liste des missions facultatives pouvant être confiées au titulaire du marché de partenariat alors que de telles missions devaient obligatoirement lui être confiées sous l'empire de l'ordonnance du 17 juin 2004. C'est un point important en pratique car les personnes publiques souhaitaient parfois assurer cette mission en régie ou la confier à un autre prestataire, ce qui leur interdisait alors la voie du contrat de partenariat et pouvaient les inciter à utiliser des montages

delle opere o dei beni immateriali. Tra le altre possibilità, che possono formare oggetto della missione, l'*Ordonnance* del 2015 introduce una novità prevedendo la possibilità di attivare la «gestion d'une mission de service public ou des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée»³⁰². E' chiaro che tale previsione implicante l'assolvimento della gestione di un servizio pubblico in un contratto di appalto di partenariato potrà essere intesa quale possibilità solamente accessoria rispetto alla costruzione dell'impianto servente al servizio medesimo³⁰³. Per quanto concerne la durata temporale del rapporto contrattuale di partenariato l'*Ordonnance* del 2015 non fissa alcun limite minimo né massimo ma in generale come si è visto anche in precedenza per garantire un livello di efficacia e di efficienza tale contratto abbisogna normalmente di una durata temporale che si colloca nel medio-lungo periodo³⁰⁴.

L'avvio di una procedura concernente l'aggiudicazione di un appalto di partenariato, attesa l'eliminazione dei precedenti criteri legati alla complessità e all'urgenza dell'operazione, dev'essere ai sensi dell'art. 75 dell'*Ordonnance* del 2015, necessariamente preceduta dalla valutazione circa la conformità del progetto ad una soglia, fissata da un decreto che prevede tre soglie minime rispettivamente di 2, 5 e 10 mln di euro, ciascuna suddivisa in base all'oggetto del contratto, per consentire il ricorso al *marchés de partenariat*³⁰⁵ e da un fase istruttoria prevista a prescindere da qualsiasi soglia, che comprende nella configurazione normativa attualmente vigente una valutazione preliminare che ha condotto alla scelta dell'appalto di partenariato, sotto il profilo economico, finanziario, giuridico ed amministrativo, in luogo di un'altra procedura (*évaluation préalable des modes de réalisation du projet*). Tale valutazione

contractuels concurrents (montages en BEA ou en AOT, assortis par exemple d'un marché public d'entretien)».

³⁰² Cfr. art. 66 *Ordonnance* n. 2015-899 del 23 luglio 2015.

³⁰³ F. Brenet, *Les marchés de partenariat de l'ordonnance du 23 juillet 2015: un nouveau départ pour les partenariats public-privé?*, cit., ritiene che l'art. 67, comma 2, punto 2° ha recepito quello che nella pratica era emerso ovvero che «(...) certains contrats de partenariat pouvaient avoir pour objet de déléguer une mission de service public, précisément dans l'hypothèse où la gestion de l'équipement ou de l'ouvrage à construire ne se dissociait pas de la gestion du service public qu'il accueillait».

³⁰⁴ Cfr. art. 144 del Décret n. 2016-360 del 25 marzo 2016 secondo cui «Le terme du contrat doit être fixé en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues».

³⁰⁵ Cfr. art. 151 del Décret n. 2016-360 del 25 marzo 2016 che prevede le soglie minime oltre le quali è permesso il ricorso al PPP e segnatamente «1° 2 millions d'euros HT lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur des biens immatériels, des systèmes d'information ou des équipements autres que des ouvrages ainsi que lorsque le contrat comporte des objectifs chiffrés de performance énergétique et prévoit que la rémunération du titulaire tient compte de l'atteinte de ces objectifs; 2° 5 millions d'euros HT lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur: a) Des ouvrages d'infrastructure de réseau, notamment dans le domaine de l'énergie, des transports, de l'aménagement urbain et de l'assainissement; b) Des ouvrages de bâtiment lorsque la mission confiée au titulaire ne comprend aucun des éléments mentionnés aux 2° et 3° du II de l'article 67 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée; 3° 10 millions d'euros HT

permette al soggetto pubblico, grazie alla presentazione di un progetto ed alla comparazione globale delle differenti modelli contrattuali per realizzarlo, di accertare che lo strumento contrattuale scelto rappresenta la soluzione più adeguata per il progetto medesimo³⁶⁶. Al fine di operare il bilancio di cui all'art. 75 il soggetto acquirente pubblico deve tenere conto «(...) de ses capacités à conduire le projet, des caractéristiques, du coût et de la complexité de celui-ci, des objectifs poursuivis ainsi que, le cas échéant, des exigences du service public ou de la mission d'intérêt général dont il est chargé»³⁶⁷. Il controllo in ordine a tale valutazione preliminare è demandato ai sensi dell'art. 76 dell'Ordonnance del 2015 ad un organo tecnico, la *Mission d'Appui au Financement des Infrastructures* (FIN INFRA), che deriva dalla ridenominazione operata nel 2011 della MAPP in Service à Compétence Nationale (SCN), collegato al Ministero dell'Economia-Direzione del Tesoro, il quale deve rendere un parere obbligatorio entro sei settimane, intendendosi quest'ultimo in senso favorevole in caso di mancato parere espresso entro il termine predetto³⁶⁸. La valutazione preliminare è obbligatoria sia se il progetto è stato proposto su iniziativa pubblica, sia su iniziativa privata, perché la novità dell'Ordonnance del 2015 va rinvenuta nella possibilità per i soggetti privati di avanzare delle proposte in ordine ai progetti senza impegnarli tuttavia nella successiva procedura di aggiudicazione. La stessa valutazione dovrà inoltre, e questa è un'altra novità prevista dall'Ordonnance del 2015, essere affiancata contestualmente, da uno studio di sostenibilità fiscale da parte dei soggetti pubblici promotori al di là di una soglia anch'essa definita per decreto³⁶⁹. Il

lorsque l'objet principal du marché de partenariat porte sur des prestations ou des ouvrages autres que ceux mentionnés aux 1° et 2° du présent I».

³⁶⁶ Cfr. art. 24 del Décret n. 2016-360 del 25 marzo 2016 secondo cui «Cette évaluation comporte: 1° Une présentation générale: a) Du projet, notamment son objet, l'historique, le contexte, ses enjeux et les caractéristiques de son équilibre économique; b) De l'acheteur, notamment ses compétences, son statut et ses capacités financières; 2° Une analyse comparative en valeur actualisée des différentes options de montages contractuels et institutionnels de la commande publique envisageables pour mettre en œuvre le projet, comprenant: a) Un cadrage, incluant notamment le périmètre, les procédures et le calendrier pour chacune des phases de réalisation du projet, ainsi que la durée totale du contrat; b) Une estimation en coût complet des différentes options comprenant notamment les coûts de programmation, de conception, de réalisation, de financement et de fonctionnement pour l'acheteur et pour le cocontractant avec leur évolution dans le temps jusqu'à la fin de vie ainsi que, le cas échéant, des recettes résultant du projet et le traitement comptable et fiscal retenu; 3° Une présentation des principaux risques du projet comprenant les risques financiers et la répartition des risques entre l'acheteur et le titulaire et, le cas échéant, une valorisation financière de ces risques».

³⁶⁷ Cfr. art. 152 del Décret n. 2016-360 del 25 marzo 2016 che specifica inoltre come al fine di dimostrare che il bilancio effettuato attraverso il ricorso all'appalto di partenariato è più favorevole rispetto al ricorso ad altri modelli contrattuali, il soggetto pubblico deve valutare i vantaggi e gli svantaggi tenendo conto dei seguenti aspetti «1° De l'étendue du transfert de la maîtrise d'ouvrage du projet au titulaire de ce marché; 2° Du périmètre des missions susceptibles d'être confiées au titulaire; 3° Des modalités de partage de risques entre l'acheteur et le titulaire; 4° Du coût global du projet compte tenu notamment de la structure de financement envisagée».

³⁶⁸ Cfr. art. 153 del Décret n. 2016-360 del 25 marzo 2016.

³⁶⁹ Cfr. art. 74 Ordonnance n. 2015-899 del 23 luglio 2015 «La décision de recourir à un marché de partenariat, quel que soit le montant d'investissement, doit être précédée de la réalisation d'une évaluation ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du

Décret del 25 marzo 2016 ha precisato i contenuti di tale studio che devono recare i profili finanziari del progetto medesimo²⁰. Anche sullo studio dev'essere reso un parere obbligatorio da parte delle strutture statali competenti con i medesimi termini di quello precedente. Appare evidente, come ha osservato anche parte della dottrina²¹, che il doppio controllo statale, uno per la valutazione preliminare e l'altro per lo studio di sostenibilità fiscale, rivelano una volontà da parte del legislatore francese di operare una ricentralizzazione finalizzata al controllo nel ricorso al mercato del PPP, e ciò potrebbe configurare anche una possibile violazione del principio costituzionale di libera amministrazione degli enti locali.

L'avvio della procedura di aggiudicazione dell'appalto di partenariato a conclusione della fase istruttoria è soggetta all'autorizzazione preventiva da parte dell'autorità competente a seconda del soggetto pubblico aggiudicatore²². La disciplina dell'aggiudicazione del *marchés de partenariat* si conforma alle medesime disposizioni procedurali previste per gli appalti pubblici tradizionali²³ anche se vi sono peculiarità soprattutto nei criteri di aggiudicazione che caratterizzano il mercato di PPP. Una volta conclusa la procedura di aggiudicazione, il progetto di PPP viene trasmesso alle autorità competenti che devono accordare il loro consenso preventivo prima della stipulazione del contratto di appalto di partenariato, segnatamente i Ministeri competenti per quanto riguarda lo Stato e gli enti pubblici statali, e gli organi elettivi d'indirizzo politico per gli enti locali²⁴. A seguito della stipulazione i contratti di appalto di partenariato pubblico-

projet. Cette évaluation comporte une analyse en coût complet ainsi que tout élément permettant d'éclairer l'acheteur dans le choix du mode de réalisation du projet. L'acheteur réalise également une étude de soutenabilité budgétaire qui apprécie notamment les conséquences du contrat sur les finances publiques et la disponibilité des crédits».

²⁰ Cfr. art. 148 del Décret n. 2016-360 del 25 marzo 2016 «Elle inclut notamment le coût prévisionnel global du contrat en moyenne annuelle, l'indication de la part que ce coût représente par rapport à la capacité d'autofinancement annuelle de l'acheteur et son effet sur sa situation financière, l'impact du contrat sur l'évolution des dépenses obligatoires de l'acheteur, ses conséquences sur son endettement et ses engagements hors bilan ainsi qu'une analyse des coûts résultant d'une rupture anticipée du contrat».

²¹ Si veda F. Brenet, *Les marchés de partenariat de l'ordonnance du 23 juillet 2015: un nouveau départ pour les partenariats public-privé?*, cit.,

²² Cfr. art. 77 Ordonnance n. 2015-899 del 23 luglio 2015 secondo cui «I. Pour l'Etat et ses établissements publics, le lancement de la procédure de passation du marché de partenariat par l'acheteur est soumis à l'autorisation des autorités administratives compétentes dans des conditions fixées par voie réglementaire. II. - Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, l'évaluation du mode de réalisation du projet, l'étude de soutenabilité budgétaire et les avis sur celles-ci sont présentés à l'assemblée délibérante ou à l'organe délibérant, qui se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat. III. - Pour les autres acheteurs, l'évaluation du mode de réalisation du projet, l'étude de soutenabilité budgétaire et les avis sur celles-ci sont présentés à l'organe décisionnel, qui se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat».

²³ Cfr. art. 42 Ordonnance n. 2015-899 del 23 luglio 2015 e artt. da 25 a 27 del del Décret n. 2016-360 del 25 marzo 2016.

²⁴ Cfr. art. 78 Ordonnance n. 2015-899 del 23 luglio 2015.

privato sono trasmessi a cura delle amministrazioni pubbliche all'organo tecnico FIN INFRA per finalità esclusivamente attinenti all'analisi economica²¹⁵.

Da ultimo il criterio del finanziamento del progetto e della remunerazione del soggetto titolare del contratto predetto, è disciplinato dall'art. 80 all'art. 82 dell'*Ordonnance* del 2015. Quest'ultima, si inserisce, sotto il profilo del finanziamento, all'interno di una tendenza più generale, che si è materializzata soprattutto a seguito della crisi finanziaria del 2008. Se, infatti, il *contrat de partenariat* dell'*Ordonnance* del 2004 era stato concepito come uno strumento che permetteva ai privati di finanziare integralmente le opere e gli impianti destinati a soddisfare le esigenze delle amministrazioni pubbliche, il mutato contesto economico ha imposto ai soggetti pubblici di venire in aiuto ai *partner* privati. In quest'ottica già con la l. del 17 febbraio 2009 era stato previsto che il titolare del contratto di partenariato pubblico privato, ovvero il soggetto privato poteva assicurare il finanziamento dell'operazione anche soltanto parzialmente. Nel solco di quest'orientamento l'*Ordonnance* del 2015 prevede all'art. 80 che tutti i soggetti pubblici e non soltanto le amministrazioni aggiudicatrici possono concorrere al finanziamento degli investimenti e parimenti che tale concorso al finanziamento, può assumere la forma della partecipazione minoritaria al capitale sociale della società incaricata della realizzazione del progetto. In questo proprio gli ultimi sviluppi si differenziano rispetto alle disposizioni pre-crisi del 2004 perché il PPP «est désormais un instrument permettant d'associer pleinement personnes publiques et personnes privées alors qu'il n'était au départ qu'un contrat permettant à l'Administration de commander un ouvrage ou un équipement «clés en main» à un opérateur économique»²¹⁶.

Il titolare del contratto di appalto di partenariato viene remunerato al completamento dei lavori mediante la corresponsione da parte del soggetto pubblico compratore di un prezzo stabilito per tutta la durata del contratto. Il versamento dei canoni si colloca temporalmente a seguito della messa a disposizione dell'opera. Al fine di facilitare l'esecuzione del contratto l'art. 83 apre alla possibilità di operare dei versamenti anticipati nella fase della costruzione. La remunerazione del soggetto privato è legata come ricordato a obiettivi di *performance* assegnati per meglio corrispondere alle esigenze del soggetto acquirente. La determinazione dell'ammontare della remunerazione è fissata nel contratto e tiene conto dei costi d'investimento, di funzionamento, di finanziamento e nel caso di rendite provenienti da attività annesse. Il contratto può altresì prevedere la possibilità per il titolare del contratto di generare delle entrate annesse grazie all'esercizio di attività accessorie o mediante attività di valorizzazione dell'opera, con ciò diminuendo

²¹⁵ Cfr. art. 79 *Ordonnance* n. 2015-899 del 23 luglio 2015.

²¹⁶ Così F. Brenet, *Les marchés de partenariat de l'ordonnance du 23 juillet 2015: un nouveau départ pour les partenariats public-privé?*, cit.,

corrispettivamente l'ammontare della remunerazione corrisposta dal soggetto pubblico acquirente e riducendo il costo del progetto che deve sostenere²⁷. Il medesimo contratto deve inoltre contemplare anche le modalità di rideterminazione della remunerazione in caso di modificazioni delle condizioni di finanziamento non previste nel piano di finanziamento iniziale. Il titolare del contratto può peraltro ai sensi dell'art. 84 dell'*Ordonnance* del 2015, cedere ad un soggetto terzo un credito liquido ed esigibile vantato sul soggetto acquirente secondo le condizioni di cui all'art. L. 313-29-1 e ss del *Code monétaire et financier*²⁸. In ogni caso il credito ceduto non può oltrepassare l'80% della remunerazione dovuta dall'acquirente a titolo di costi d'investimento e di costi di finanziamento.

Dal punto di vista dell'esecuzione del contratto sono previsti controlli rinforzati, segnatamente all'inizio della fase di esecuzione ed al termine. L'*Ordonnance* del 2015 obbliga, infatti, all'art. 88 il titolare del contratto a produrre annualmente un rapporto da recapitare al soggetto pubblico acquirente entro i quarantacinque giorni successivi alla data di stipulazione del contratto. L'art. 89 disciplina, infine, i casi di annullamento, risoluzione anticipata e di nullità del contratto e prevede la possibilità del titolare di chiedere l'indennizzo delle spese che ha sopportato in conformità a quanto previsto nel contratto e nella misura in cui esse sono state utili al soggetto compratore²⁹.

Meritano grande attenzione, anche alla luce del nuovo quadro normativo del PPP, le fasi *ex ante* che disegnano l'*iter* procedurale che conduce alla giustificazione razionale del ricorso a tale strumento, con la valutazione preliminare e lo studio di sostenibilità fiscale dell'operazione di PPP, e le fasi *ex post* con le norme poste a presidio dell'esecuzione, delle *performance* e della qualità della prestazione del medesimo contratto sotteso all'operazione, perché esse diventano essenziali per assicurare la buona riuscita dell'operazione a beneficio sia del soggetto acquirente pubblico sia del soggetto privato titolare del contratto. Tali presupposti soprattutto nel PPP richiamano anche il concetto di responsabilità della sfera pubblica³⁰ che deve valutare attentamente la regolarità degli stanziamenti finanziari dedicati agli investimenti pubblici e operare con il

²⁷ Cfr. art. 83 *Ordonnance* n. 2015-899 del 23 luglio 2015.

²⁸ Sul punto di vedano L. Richer, F. Lichèr, *Droit des contrats administratifs*, cit., 548 che sulla scorta anche della pronuncia del Conseil d'Etat, 25 juin 2003, n. 240679, *Caisse centrale de Crédit Mutuel du Nord de la France* favorevole al finanziamento la cui remunerazione è assicurata dalla cessione di crediti pubblici, hanno osservato come «L'avantage d'unte telle cession est qu'elle crée une obligation contractuelle de la collectivité publique envers la banque» inoltre «Les cessions de créances et garanties personnelles sont d'une grande importance pour assurer la «bancabilité» de l'opération dans le cadre d'un «financement de projet».

²⁹ Cfr. art. 89 *Ordonnance* n. 2015-899 del 23 luglio 2015 che tra le spese sostenute dal titolare del contratto possono figure anche «(...) les frais liés au financement mis en place dans le cadre de l'exécution du contrat, y compris, le cas échéant, les coûts pour le titulaire afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du contrat».

³⁰ Sulla nozione di responsabilità della sfera pubblica nelle operazioni di PPP si veda tra gli altri F. Marty, A. Voisin, *La redevabilité des partenariats public-privé*, in *Revue française d'administration publique*, 2016, p. 1123 ss.

criterio della buona amministrazione del denaro pubblico impiegato per finanziare gli investimenti medesimi.

Anche se è ancora troppo presto per compiere valutazioni in ordine all'impatto normativo sull'attività delle pubbliche amministrazioni, degli operatori economici e finanziari, delle recenti innovazioni introdotte a seguito delle direttive europee del 2014 che hanno ridefinito il PPP nell'ordinamento francese, inserendolo a pieno titolo nel novero degli appalti pubblici, intesi nell'accezione europea, è possibile, tuttavia, constatare che il legislatore francese ha voluto indubbiamente valorizzare la nozione giuridica e conseguentemente il regime di disciplina del PPP quale strumento più attrattivo, più duttile, più adeguato per lo sviluppo economico e infrastrutturale del Paese e per gli investimenti pubblici delle amministrazioni aggiudicatrici.

Nel panorama giuridico del PPP francese, accanto ai diversi modelli contrattuali che a seguito del recepimento delle direttive appalti e concessioni del 2014 sono stati unificati nella disciplina relativa al *marchés de partenariat*, di recente hanno acquisito maggiore rilevanza anche manifestazioni giuridiche tipiche del partenariato pubblico-privato c.d. istituzionalizzato, soprattutto dopo il citato mutamento del quadro giuridico europeo in materia di appalti e concessioni. Inizialmente la giurisprudenza francese a mezzo del *Conseil d'Etat* con un parere da parte della sezione dell'amministrativa del 1 dicembre 2009²³¹, aveva manifestato più di una riserva in merito alla compatibilità del PPPI con l'ordinamento francese legata al fatto di non poter consentire deroghe al principio comunitario di selezione concorrenziale del socio privato nella costituzione delle società miste e nell'aggiudicazione parimenti concorrenziale del contratto, prospettati a seguito della Comunicazione interpretativa della Commissione Europea del 5 febbraio 2008²³². Il rinnovato interesse per tali strumenti giuridici è dovuto in particolare all'introduzione per opera della l. n. 2014-744 del 1 luglio 2014, delle *sociétés d'économie mixte à opération unique* (SEMOP)²³³. La legge del 2014 ha modificato l'art. L 1541-1 del *Code général des*

²³¹ Cfr. Conseil d'Etat, parere del 1 dicembre 2009, n° 383264, in *www.conseil-etat.fr*, secondo cui non era possibile derogare ai principi europei circa l'aggiudicazione dei contratti pubblici, in dottrina si veda il commento di R. Noguellou, *L'avis de la section de l'administration du Conseil d'Etat sur les PPPI*, in *Dr. adm.*, n.8-9/2010, 54. F. Llorens, P. Soler-Couteaux, *La longue marche vers le PPPI. À propos de l'avis du Conseil d'État du 1er décembre 2009*, in *Contrats et Marchés publics*, n. 10/2010, 9; H. Hoepffner, *L'avenir compromis des partenariats public-privé institutionnalisés. À propos de l'avis de la section de l'administration du Conseil d'État n° 383264 du 1er décembre 2009*, in *Contrats et Marchés publics*, n. 12/2010, 11.

²³² Sull'introduzione del PPI inteso in senso europeo nell'ordinamento francese si vedano tra gli altri, F. Llorens, P. Soler-Couteaux, *Les nouvelles perspectives du partenariat public-privé institutionnalisés propos de la communication de la Commission européenne du 5 février 2008*, in *Contrats et Marchés publics*, marzo 2008, 3; G. Chamming's, M. Scialom, *Le régime juridique du marché de partenariat: nouveau paradigme ou simple inflexion du style?*, in *Contrats et Marchés publics*, n.5/2016, 27 ss.

²³³ Sulle SEMOP si vedano tra gli altri G. Clamour, *La création des sociétés d'économie mixte à opération unique*, in *Contrats et Marchés publics*, 2014, 214; G. Durand, *Les sociétés locales*, Dalloz, *Encyclopédie des collectivités locales*, capitolo 2 (folio n° 6232), section 7, settembre 2014; F. Llorens et P. Soler Couteaux, *La SEM à opération unique ou l'avènement du PPI à la*

collectivités territoriales, successivamente anch'esso revisionato dall'Ordonnance n. 2015-1127 del 10 settembre 2015. Le SEMOP disciplinate al Titolo II del *Code général des collectivités territoriales*, s'inseriscono nel novero già presente delle società partecipate dagli enti locali, che nella legislazione francese sono inquadrabili in tre tipologie: le *sociétés d'économie mixte locales* (SEML)²²⁴, le *société publique locale d'aménagement* (SPLA)²²⁵, categoria di società anonime introdotta dall'art. 20 della l. n. 2006-872 del 13 luglio 2006 e disciplinate anche dal *Code de l'urbanisme*²²⁶, ad azionariato totalmente pubblico. Infine vi sono le *société publique locale* (SPL) di gestione diretta e a partecipazione pubblica totalitaria, anch'esse previste dalla medesima legge all'art. 20 concernente l'impegno nazionale per l'edilizia abitativa e le aziende pubbliche locali, oggi disciplinata all'art. L. 1531-1 del *Code général des collectivités territoriales* inserito dalla l. 2010-559 del 28 maggio 2010 per lo sviluppo delle imprese pubbliche locali.²²⁷ Tali società, esercitano le loro attività esclusivamente a favore dei loro azionisti pubblici e nel territorio di riferimento dei medesimi configurando le società *in house providing*.

franaise, in *Contrats et Marchés publics*, 2014, 1; G. Eckert, *La SEMOP, instrument du renouveau de l'action publique locale?*, in *AJDA*, ottobre 2014, 1941 ss.; S. Castagné, *Sociétés d'économie mixte à opération unique - Commentaires*, in *JCl, Sociétés formulaire*, fasc. S-1420, febbraio 2015; J. De Broux, F. Marty, *Les partenariats public-privé institutionnalisés: intérêts, limites et risques d'une structure hybride public-privé*, in *Revue française d'administration publique*, n. 157/2016, 223 ss.

²²⁴ Per le SEML si vedano tra gli altri G. Durand, *Les sociétés d'économie mixte locales*, Paris, 2002; C. Devès, *De la société d'économie mixte locale à la société publique locale: similitudes ou grand écart?*, in *RFDA*, 2012, 1082 ss.; S. Brameret, *Les relations des sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2011, 69 ss.; J. P. Colson, P. Idoux, *Droit public économique*, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2016, 363 ss.

²²⁵ Cfr. A. Maltoni, *Gli atti delle amministrazioni pubbliche che incidono sul piano strutturale o sul funzionamento delle società partecipate qualificabili come atti "a regime di diritto amministrativo" in Italia, Francia e Spagna*, in *Riv. web Corte Conti*, n.0/2014, 1-40 che ha chiarito come con «(...) la creazione di queste società di nuovo genere il legislatore francese ha inteso rispondere ad una evoluzione della giurisprudenza europea e di quella interna che ha portato ad escludere la possibilità di affidare in via diretta alle SEML attività aventi rilevanza economica, tenuto conto che una parte del loro capitale sociale deve essere detenuto da soggetti privati. Peraltro, l'affidamento di incarichi inerenti all'esecuzione di operazioni di *aménagement* è da tempo sottoposto ad una procedura concorrenziale pubblica».

²²⁶ Cfr. art. L. 327-1 Code de l'urbanisme.

²²⁷ Sui caratteri delle SPL si vedano tra gli altri S. Nicinski, *La loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales*, in *AJDA*, 2010, 1759 s.; R. Noguellou, *Les sociétés publiques locales*, in *Dr. Adm.*, luglio 2010, 44; G. Terrien, *Le développement des sociétés publiques locales*, in *ivi*, ottobre 2010, 18; D. Linotte, *Sur un nouvel instrument d'action publique locale: la société publique locale, panacée ou placebo? À propos de la loi du 28 mai 2010 pour le développement des SPL*, in *Gaz. Pal.*, ottobre 2010, 19 s.; J.M. Glatt, *La loi pour le développement des sociétés publiques locales: le « in house » à la française*, in *LPA*, agosto 2010, 5 s.; F. Llorens, P. Soler Couteaux, *Les sociétés publiques locales ou le « in house » à la française*, in *Contracts Marchés Publics*, maggio 2009, 5; G.J. Guglielmi, *La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux*, in *RDPA*, 2011, 717 ss.; S. Savall, *La SPL, un nouvel outil de gestion des services publics locaux*, in *RPD*, 2011, 753 ss;

Concentrando in particolare l'attenzione sulle società miste in ambito locale, ovvero le SEML, esse sono strumenti giuridici di partenariato pubblico-privato²²⁸, introdotte dalla l. 7 luglio 1983, modificata dalla l. del 2 gennaio 2002, che operano soprattutto nella gestione dei servizi pubblici di carattere industriale o commerciale. Per quanto concerne le modalità di affidamento di tali servizi, inizialmente il riferimento legislativo era rappresentato dalla l. n. 93-122 del 29 gennaio 1993 che all'art. 38 ha introdotto la nozione di *délégation de service public*²²⁹, nell'ottica più generale di un'azione tesa alla prevenzione della corruzione e a favore della trasparenza nelle procedure pubbliche in ambito economico che rappresenta una delle due modalità di gestione dei servizi pubblici, quella della *gestion délégué*²³⁰ (che annovera oltre alla *délégation de service public*, anche

²²⁸ Si veda M. Tutiau, *La notion de partenariat et les démembrements privés des collectivités locales*, in J.B. Auby (dir), *Les collectivités locale et le droit: les mutations actuelles*, Paris Cedex, 2001.

²²⁹ Cfr. art. 38, l. n° 93-122, 29 gennaio 1993 «Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service». Sulla nozione di servizio pubblico la bibliografia è sterminata si vedano tra gli altri J.B. Auby, C. Maugué, *Les contrats de délégation de service public*, in JCP 1994, n. 3743; J.F. Auby, *La délégation de service public : premier bilan et perspectives*, in RD publ. 1996, 1095 ss.; E. Delacour, J.F. Davignon, C. Ribot, J. Antoine, *La loi Sapin et les délégations de service public : 10 ans d'application jurisprudentielle*, Paris, 2003; E. Delacour, *Les évolutions du droit des délégations de service public depuis dix ans*, in *Contrats Marchés publics*, 2003, Etude 5; M. Ubaud-Bergeron, *Loi MURCEF: la définition législative des délégations de service public*, in JCP 2002, 125 ss.; C. Boiteau, *Les conventions de délégation de service public*, Paris, 2007; D. Linotte, R. Romi, *Droit du service public*, Paris, 2007; D. Soldini, *La délégation de service public, sa fonction, ses critères*, in *RFDA*, 2010, 1114 ss.; G. J. Guglielmi, G. Koubi, *Droit du service public*, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2011; In giurisprudenza circa la nozione di delegazione di servizio pubblico si veda Cour administrative d'appel de Lyon, 18 aprile 2013, n. 12LY01547 in www.legifrance.gouv.fr. In dottrina sullo stesso tema si veda G. Clamour, *La place de la délégation de service public au sein de la commande publique*, in *AJDA*, 2013, 1429 ss. secondo cui «Originellement portée au pinacle pour mieux installer son régime de passation sur un piédestal, la délégation de service public a ainsi occupé une place centrale avant de revenir à sa place, celle d'un contrat à objet de service public parmi d'autres. Les solutions jurisprudentielles les plus contemporaines renouent justement avec une approche plus conceptuelle ouvrant, par voie reflexe, le très classique champ des possibles pour le service public. Au-delà, ou en deçà, de la dévolution, et sans basculer pour autant dans la catégorie des marchés publics, une large palette de montages contractuels doit pouvoir se mouvoir dans l'ordonnancement juridique afin de rendre compte d'hypothèses variées, indépendamment même de la qualification de contrat administratif, associant simplement un cocontractant au service public, l'y faisant participer de manière plus ou moins accessoire, ou se bornant à imposer des obligations positives de service public, notamment pour les occupations domaniales, comme des obligations négatives de service public, pendant nécessaire de la liberté contractuelle».

²³⁰ Cfr. S. Antoniazzi, *Società miste e servizi pubblici locali esperienze nazionali e modello europeo*, cit., 71 secondo la quale attraverso la *gestion délégué* l'ente locale trasferisce ad un soggetto esterno, in virtù di un contratto di delega, la gestione del servizio pubblico, tale soggetto può essere una società privata, una società mista a partecipazione pubblico-privata e persino ad un altro ente pubblico all'uopo costituito. La delega di servizio pubblico, che ha durata e natura limitata, in quanto sempre soggetta al controllo e all'indirizzo dell'ente locale conferente, è un atto amministrativo che abilita, ovvero attribuisce una capacità ad un soggetto che prima non possedeva e si distingue dal contratto che invece viene stipulato tra l'ente locale ed il soggetto gestore e coincide con la deliberazione costitutiva della società. Nelle società miste la regola era la mancanza di una procedura ad evidenza pubblica per la selezione del socio privato e pertanto veniva richiesta prima dell'affidamento una previa abilitazione tecnica a gestire il servizio pubblico che veniva rilasciata con atto amministrativo.

la *concession*²³¹, l'*affermage*²³² e la *régie intéressée*²³³). La gestione delegata si affianca all'altra modalità di affidamento ovvero quella della *gestion directe* da parte dell'ente locale attraverso la *régie directe*²³⁴.

In sostanza la delegazione di servizio pubblico così come scolpita nella l. del 29 gennaio 1993 (c.d. Loi Sapin), individuava un contratto attraverso cui un soggetto pubblico conferiva la gestione di un servizio, anch'esso pubblico, nell'ambito delle proprie attribuzioni ad un soggetto delegatario pubblico o privato la cui remunerazione era legata ai risultati dello sfruttamento del servizio medesimo. Tra le materia oggetto di delega potevano rientrare a titolo esemplificativo il trasporto pubblico, il servizio idrico, la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti urbani. La categoria della delegazione è stata poi inserita all'art. L. 1411-1 del *Code général des collectivités territoriales*²³⁵ del 7 aprile 2000, modificato dall'*Ordonnance* n. 2016-65 del 29 gennaio 2016, che ha abrogato anche il citato art. 38 (e del Décret n. 2016-86 del 1 febbraio 2016 che ne dettaglia l'applicazione). L'*Ordonnance* del 2016, recependo nell'ordinamento francese la direttiva 2014/23/UE in materia di concessioni, identifica la delegazione di servizi pubblici quale contratto attraverso cui un soggetto pubblico attribuisce la gestione del servizio pubblico ad uno o più operatori economici, a cui è trasferito parimenti un rischio legato allo sfruttamento del servizio a fronte della contropartita sia di avere il diritto di sfruttare il servizio oggetto del contratto, sia di questo diritto accompagnato da un prezzo. Inoltre, ai fini dell'effettività del trasferimento e del mantenimento del rischio in capo al privato, detta disposizione chiarisce che il rischio che viene trasferito in capo soggetto delegatario,

²³¹ Art. L. 1411-2 Code général des collectivités territoriales

²³² Cfr. R. Le Mestre, *Droit du service public*, Paris, 2003, «C'est un contrat par lequel une personne publique (autorité affermante) confie l'exploitation d'un service public, pour une durée déterminée (généralement moins longue que celle d'une concession, du fait de l'absence de capitaux à amortir), à un fermier librement choisi (...). L'Administration finance les frais de premier établissement (le fermier n'avançant que le fond de roulement), et met éventuellement à la disposition de son partenaire les ouvrages nécessaires à l'exécution du service. Le gestionnaire exploite l'activité à ses risques et périls, perçoit directement des redevances sur les usagers, mais doit acquitter un fermage, d'un montant prédéterminé par le contrat, à la personne publique (son bénéfice étant donc égal à la différence entre ces deux sommes). S'il appartient au fermier d'entretenir les ouvrages qui ont été mis à sa disposition, les travaux de renforcement et d'extension sont à la charge de la collectivité affermante».

²³³ Art. R2222-5 Code général des collectivités territoriales

²³⁴ Cfr. art. L. 1412-1 Code général des collectivités territoriales

²³⁵ Cfr. art. L. 1411-1 Code général des collectivités territoriales «Une délégation de service public est un contrat de concession au sens de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. La part de risque transférée au délégataire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le délégataire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le délégataire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages, de réaliser des travaux ou d'acquérir des biens nécessaires au service public».

implica una reale esposizione all'alea del mercato, in modo che le perdite sopportate da quest'ultimo non siano puramente nominali o trascurabili. E' espressamente previsto peraltro che, il rischio assunto dal delegatario in ordine allo sfruttamento del servizio non assicura l'ammortamento degli investimenti e dei costi sostenuti. A seguito di tale recepimento è stato superato il doppio regime giuridico previgente della *concession de travaux* che sottostava alle direttive europee e della *délégation de service public* che fino al 2014 era esclusa dall'applicazione delle direttive ma soggetta soltanto al rispetto dei principi del Trattato²³⁶, valorizzando e rispettando, in virtù del principio di libertà delle gestione dei servizi pubblici degli Stati nazionali, la libertà degli enti locali di scegliere in autonomia circa la modalità di gestione dei servizi pubblici.

La società mista a partecipazione pubblico-privata è stata inquadrata quale soluzione intermedia tra la *regie directe* e la *gestion délégué*, anche se in realtà, come ha sottolineato una parte della dottrina, essa non rappresenta un modello a sé stante di gestione dei servizi pubblici, bensì investe soltanto la forma giuridica che assume una modalità di gestione, mediante il soggetto delegatario che acquisisce la forma societaria privata o pubblico-privata²³⁷.

Il modello societario riferibile alle SEML è disciplinato dall'art. L. 1521-1 del *Code général des collectivités territoriales* secondo cui solo gli enti locali o raggruppamenti di essi nell'ambito delle proprie competenze possono costituire tali società associando uno o più soggetti privati ed eventualmente anche altri soggetti pubblici avendo ad oggetto la pianificazione, la costruzione per la gestione di servizi pubblici a carattere industriale o commerciale, o per porre in essere altre attività d'interesse generale, con l'obbligo, qualora l'oggetto individui una pluralità di attività, di renderle complementari²³⁸. Inoltre le SEML sono abilitate parimenti a realizzare interventi globali nell'ambito della costruzione, realizzazione, manutenzione e di finanziamento di strutture ospedaliere o

²³⁶ E' opportuno sottolineare che nell'ambito della *délégation de service public* fino al 1993 le procedure di aggiudicazione non erano soggette a procedure concorrenziali perché vigeva la selezione ad *intuitu personae*, poi con la l. del 29 gennaio 1993, c.d. Loi Sapin, è stato introdotto un quadro giuridico che ha definito le procedure di aggiudicazione circa l'affidamento dei servizi pubblici, che ha introdotto il confronto concorrenziale tra più operatori economici. Poi con l'inserimento nella categoria del *Code général des collectivités territoriales*, all'art. L. 1411 la delegazione è stata assoggetata alla procedura concorrenziale. In seguito è intervenuta la l. 2001-1168 (c.d. Loi Murcef) che ha introdotto una definizione di servizi pubblici amministrativi e servizi pubblici industriali e commerciali modificando la l. n. 93-122 e l'art. L. 1411 predetto. Per una visione sull'evoluzione della disciplina nell'ordinamento francese del principio di concorrenza si vedano G. Eckert, *Les delegations de service public sous l'influence du droit de l'Union européenne*, in *RJEP*, 2013, 3 ss.; L. Richer, *La concession en débat*, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2014; B. Delaunay, *Droit public de la concurrence*, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2015, 378 ss.;

²³⁷ Così S. Antoniazzi, *Società miste e servizi pubblici locali esperienze nazionali e modello europeo*, cit., 73

²³⁸ Cfr. art. L. 1521-1 *Code général des collectivités territoriales*, così come modificato dall'Ordonnance 2003-850, all'art. 22-I.

sociali²⁹⁹. Le SEML sono società commerciale, private sia dal punto formale sia sostanziale³⁰⁰, ancorché dedicate al perseguimento di finalità d'interesse generale, e ad esse si applica la disciplina del diritto delle società anonime di cui al Libro II del *Code de Commerce* sotto riserva di deroga espressamente previste dalla legge e dal *Code général des collectivités territoriales*. Tra le deroghe quella più significativa si riferisce all'obbligo imposto agli enti locali di detenere più della metà del capitale sociale all'interno della società mista e dei voti all'interno degli organi deliberanti ai sensi dell'art. L. 1522-1 nel limite massimo dell'85% in quanto gli altri azionisti privati o pubblici nazionali od esteri devono detenere almeno il 15% del capitale ai sensi dell'art. 1522-3. Per quanto attiene alla *governance* societaria di tali strumenti, essa può essere improntata sia sul modello monista sia su quello dualista³⁰¹. Oltre al limite di presenza necessaria dei rappresentanti degli enti locali negli organi deliberanti³⁰², l'altro limite attiene al regime dei controlli che si attuano sia nel rapporto della società con enti locali sia con le autorità statali.

Tra enti locali partecipanti di maggioranza e le società miste, si instaura un rapporto stringente talvolta sfociato in abuso di posizione di controllo anche in considerazione del fatto che gli enti locali all'interno degli organi deliberanti societari, esercitano il potere di direzione a mezzo degli amministratori che agiscono in qualità di mandatari degli stessi enti locali e non della società in deroga palese al diritto societario che, invece, prevede l'azione degli amministratori quali mandatari della società e non quali azionisti della medesima³⁰³. Peraltro le società e gli stessi soggetti rappresentanti delle autonomie locali all'interno degli organi deliberanti della società devono annualmente trasmettere una relazione agli enti locali azionisti da sottoporre agli organi deliberanti degli enti stessi.

Tra le autorità statali e le società miste si insatura anche in questo caso un controllo sotto il profilo del diritto amministrativo che viene demandato all'autorità prefettizia, quale rappresentante apicale dello Stato nel *Département*, e sotto il profilo finanziario esercitato dalla *chambre régionale des comptes*³⁰⁴. Altri controlli preventivi in capo agli enti locali, rafforzati notevolmente dalla l. n° 2002-1 del 2 gennaio 2002 attengono alle modifiche statutarie, all'an circa la partecipazione ad altre società commerciali in

²⁹⁹ Cfr. art. L. 1521-1 *Code général des collectivités territoriales*, così come modificato dalla l. n. 2004-806 del 9 agosto 2004 all'art. 26-I.

³⁰⁰ Per l'assoggettamento delle SEML al regime di diritto privato, salvo le deroghe espresse, si faccia riferimento in particolare a J.D. Dreyfus, *Société d'économie mixte locale*, in *Répertoire Dalloz Sociétés*, n. 93/2003; C. Boiteau, *Les sociétés d'économie mixte ed les contrats de délégation de service public*, in *RFDA*, 2005, 947.

³⁰¹ Sull'aspetto dell'assetto della *governance* in chiave monista o dualista si veda M. Cozian, A. Viander, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris, 2009, 501 ss.

³⁰² Cfr. art. L. 1524-5 *Code général des collectivités territoriales*.

³⁰³ Così S. Brameret, *Les relations des collectivités territoriales avec les sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, Paris, 2012, 178.

³⁰⁴ Cfr. art. L. 1524-2 *Code général des collectivités territoriales*.

conformità all'esercizio delegato del servizio pubblico, al capitale sociale, alla remunerazione o altri elementi che riguardano lo *status* di mandatario societario. Tali controlli si collocano evidentemente al di fuori degli schemi di diritto comune e sono giustificati da motivi legati alla natura pubblica degli azionisti.

E' interessante osservare come se da un lato è acclarato che gli enti locali dominano all'interno delle società a partecipazione pubblica di maggioranza rispetto ai soci privati, dall'altro tale influenza è, tuttavia, soltanto parzialmente attuata nelle società miste, perché i rapporti contrattuali tra l'ente locale e la società sono disciplinati da norme sui contratti pubblici anche quando si riferiscono ad attività oggetto di delegazione contrattuale. L'ottica strumentale della società mista incontra un ostacolo nei rapporti contrattuali dall'applicazione delle norme sugli appalti pubblici, da un lato, mentre dall'altro lato le relazioni con gli azionisti si conformano alle norme sul diritto societario ed alle norme derogatorie. Il processo di istituzionalizzazione tra pubblico e privato trova dunque nelle società miste così come disciplinate dall'ordinamento francese un momento di incompletezza e di necessaria ricerca di profili compatibilità²⁵.

L'obiettivo perseguito con l'istituzione delle SEMOP, da ultimo con una novità legislativa del 2014, è stato quello di introdurre un modello societario misto, che rivela una duplice portata innovativa: da un lato consentire ad uno o più enti locali di scegliere mediante gara, ai sensi dell'art. L. 1541-2²⁶ un socio privato e affidare con un'unica gara²⁷ alla nuova società costituita per una durata limitata, e avente un oggetto sociale circoscritto²⁸, l'esecuzione di un contratto di appalto pubblico, di una delegazione di servizio pubblico, di una concessione di lavori, di una concessione di pianificazione (quindi non viene affidata al soggetto presentatore dell'offerta) e dall'altro che al socio

²⁵ Di questo avviso è S. Antoniazzi, *Società miste e servizi pubblici locali esperienze nazionali e modello europeo*, cit., 81

²⁶ «(...) la sélection du ou des actionnaires opérateurs économiques et l'attribution du contrat à la société d'économie mixte à opération unique mise en place sont effectuées par un unique appel public à la concurrence respectant les procédures applicables aux contrats de concession ou aux marchés publics, selon la nature du contrat destiné à être conclu entre la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales et la société d'économie mixte à opération unique. Sont applicables les procédures subséquentes pouvant être mises en œuvre lorsque l'appel public à la concurrence est infructueux».

²⁷ Cfr. Art. L. 1541-2 Code général des collectivités territoriales «Sous réserve du présent article, la sélection du ou des actionnaires opérateurs économiques et l'attribution du contrat à la société d'économie mixte à opération unique mise en place sont effectuées par un unique appel public à la concurrence respectant les procédures applicables aux délégations de service public, aux concessions de travaux, aux concessions d'aménagement ou aux marchés publics, selon la nature du contrat destiné à être conclu entre la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales et la société d'économie mixte à opération unique».

²⁸ Cfr. Art. L. 1541-1 Code général des collectivités territoriales «(...) La société d'économie mixte à opération unique est constituée, pour une durée limitée, à titre exclusif en vue de la conclusion et de l'exécution d'un contrat avec la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales dont l'objet unique est:«1° Soit la réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement;«2° Soit la gestion d'un service public pouvant inclure la construction des ouvrages ou l'acquisition des biens nécessaires au service;«3° Soit toute

privato è consentito di detenere la maggioranza del capitale sociale della società costituita. I candidati suscettibili di essere selezionati per diventare soci operativi economici della società, devono rispettare le condizioni di ammissibilità proprie della procedura applicabile al contratto destinato ad essere stipulato²⁴⁹. L'oggetto sociale della SEMOP corrisponde all'attuazione di una delegazione di servizio pubblico, o di una concessione di lavori oppure ad un appalto pubblico. Il contratto viene stipulato tra l'ente locale o il raggruppamento di enti locali e la *société d'économie mixte à opération unique* che subentra al candidato selezionato. Quest'ultima è una società commerciale anonima come prescrive la legge, è composta da almeno due azionisti in deroga a quanto prevede l'art. L. 225-1 del *code de commerce*, e non può acquisire partecipazioni sociali in altre società commerciali. Lo strumento societario è istituito per il perseguimento e la realizzazione di finalità d'interesse generale, su iniziativa degli enti locali o di associazioni o consorzi di questi ultimi. Lo statuto della SEMOP definisce la ripartizione del numero dei componenti degli organi deliberanti, attribuiti in proporzione alla capitale detenuto. All'interno della *governance* della *société d'économie mixte à opération unique*, gli enti locali esprimono il presidente, e detengono una partecipazione azionaria fissata secondo le previsioni di legge. All'ente locale o al raggruppamento di enti locali spetta tra il 34% e l'85% del capitale sociale della società e almeno il 34% dei voti negli organi deliberanti, mentre la quota dei soci privati non può essere inferiore al 15%²⁵⁰. Ciò significa che l'ente locale potrebbe anche detenere una partecipazione azionaria di minoranza e ciò rappresenta una novità rilevante rispetto al regime di proprietà azionaria invalso, invece, per le SEML. La disciplina in ordine allo scioglimento della società, che ha durata limitata, corrisponde al termine del contratto societario stipulato con l'ente locale o con il raggruppamento di enti locali, oppure con con la realizzazione dell'oggetto del contratto²⁵¹.

A conclusione della trattazione circa la forma giuridica più compiuta e avanzata di PPPI²⁵², attualmente presente nella legislazione francese, ovvero la SEMOP, che si

autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales».

²⁴⁹ Cfr. Art. L. 1541-2-II Code général des collectivités territoriales

²⁵⁰ Cfr. Art. L. 1541-1 Code général des collectivités territoriales «(...) Le président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance est un représentant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales. La collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales détient entre 34 % et 85 % du capital de la société et 34 % au moins des voix dans les organes délibérants. La part de capital de l'ensemble des actionnaires opérateurs économiques ne peut être inférieure à 15 %».

²⁵¹ Cfr. Art. L. 1541-1-IV Code général des collectivités territoriales

²⁵² Tale classificazione è stata criticata da J. De Broux, F. Marty, *Les partenariats public-privé institutionnalisés: intérêts, limites et risques d'une structure hybride public-privé*, cit., 226 ad avviso dei quali «(...) Selon les termes de la loi du 1 juillet 2014, al SEM à operation unique ne peut porter qu'un marché public ou une concession. Elle excluait de facto la conclusion d'un contrat de partenariat. A ce titre, la SEM à operation unique semblait ne pas pouvoir se concevoir comme un PPPI à la française».

affianca alle SEML, è possibile rilevare che tale strumento societario per la prima volta prevede la possibilità per i soggetti pubblici di detenere partecipazione societarie minoritarie, in quanto le SEML già presenti nell'ordinamento imponevano comunque la maggioranza pubblica nel capitale sociale della società. Ciò a beneficio di una riduzione di presenza pubblica quantitativa, ma non qualitativa negli assetti societari, che rispecchia la difficoltà di quest'ultima a garantire operazioni sul piano della sostenibilità economico-finanziaria e che richiede una collaborazione ad operatori economici privati. Ciò a fronte di un quadro giuridico complessivo che non prefigura assolutamente alcun tipo di ritirata sul piano della regia da parte dei soggetti pubblici dai processi economici e industriali che invece si rivela necessaria e fondamentale, soprattutto in periodi di crisi. A testimonianza di ciò se da un lato è prevista la possibilità per gli enti locali di diventare azionisti di minoranza per cercare maggiormente l'apporto in termini economico-finanziario e anche in termini di *know how* del privato dall'altro, dall'altro, il quadro giuridico delle SEMOP tutela gli enti locali, dal punto di vista delle prerogative quanto a *governance*, amministrazione e controllo, a beneficio di una costruzione che seppure presenta taluni limiti e alcune criticità²⁵³ rispetto al *contrat de partenariat*, si proietta nell'ottica di una collaborazione equilibrata che coinvolga responsabilmente *in primis* sia gli enti locali, sia gli operatori economici privati da tutti i punti di vista.

²⁵³ Sui vantaggi e le criticità del PPPI, anche rispetto al *contrat de partenariat* si vedano, J. De Broux, F. Marty, *Les partenariats public-privé istituzionalisés: intérêts, limites et risques d'une structure hybride public-privé*, cit., 229; M. Karpenschif, *L'interêt du contrat de partenariat par rapport aux partenariats public-privé istituzionalisés*, in AA.VV., *Du contrat de partenariat au marché de partenariat*, in S. Regourd, L. Rapp (dir.), Bruxelles, 2016, 259 ss.

CAPITOLO II

Le concessioni di lavori, di servizi e le altre esperienze partenariali nel quadro giuridico dei contratti pubblici.

2.1. La concessione di lavori tra passato, presente e futuro nel contesto giuridico italiano.

I rapporti tra la pubblica autorità e i soggetti privati fin dai tempi dell'età postunitaria venivano instaurati non soltanto mediante i rapporti giuridici di tipo contrattuale bensì, come ricordato nel capitolo precedente, attraverso provvedimenti amministrativi anche di tipo concessorio. L'istituto della concessione amministrativa è così assurta ben presto ad oggetto specifico di riflessione, unitamente all'autorizzazione, da parte della scienza giuspubblicistica²⁵⁴, impegnata nell'elaborazione di una teoria generale dell'atto amministrativo. Tali elaborazioni dottrinali si inserivano all'interno di un contesto storico-culturale dominato dal modello giuridico di Stato liberale, e pertanto facevano leva sull'azione di un potere pubblico, che attraverso un proprio provvedimento determinava un effetto in senso estensivo, in capo al soggetto destinatario del medesimo, delle prerogative, ovvero della sfera giuridica soggettiva. In quest'ottica mentre l'autorizzazione si poneva quale provvedimento che rimuoveva un limite giuridico all'esercizio di un diritto, rientrando nel novero delle possibilità di accesso da parte del soggetto destinatario privato *ab origine*, la concessione veniva a porsi quale provvedimento che trasferiva o costituiva *ex novo* un diritto o una facoltà in capo al soggetto destinatario privato, che quest'ultimo non aveva nel novero delle possibilità di accesso, in quanto rappresentava una prerogativa di cui era titolare in via esclusiva lo Stato. In verità l'opera di riqualificazione in senso pubblicistico della concessione, ma più in generale delle relazioni tra potere pubblico e soggetti privati è un portato degli ultimi decenni del XIX secolo perché fino a quel periodo tale relazione era improntata ad un modello contrattuale, retto dalle norme del diritto privato²⁵⁵. La

²⁵⁴ O. Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, pt. I, cit.

²⁵⁵ Si vedano M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, cit., 3 ss. secondo cui nel periodo immediatamente postunitario «(...) fino agli anni ottanta, in dottrina le qualificazioni dei rapporti amministrativi compaiono quasi esclusivamente negli scritti originati dall'opera delle corti o

svolta pubblicistica cominciava dunque ad affermarsi negli anni '80 e '90 del XIX secolo in Italia. Si trattava di un passaggio perlopiù graduale, che potrebbe definirsi in termini convenzionali come progressiva “pubblicizzazione dei rapporti amministrativi”²⁵⁶. Nella dottrina e nella giurisprudenza in tale periodo storico iniziava così ad affermarsi un diritto di derivazione pubblica atto a regolare i rapporti tra l'amministrazione pubblica ed i cittadini, ovvero il diritto amministrativo. Tale svolta è stata compendiata sapientemente dall'elaborazione dottrinale di Ranelletti che affermava appunto la preponderanza del momento pubblico nell'istituto della concessione, in ossequio ad un'idea di Stato che fondava le relazioni giuridiche con la società esclusivamente sull'unilateralità e sull'imperatività. Tra le diverse angolature dalle quali si vuole approcciare l'analisi della concessione, ciò che rileva in modo significativo non è appena il momento pubblico, bensì il momento privato, ovvero il tema dell'intervento della volontà del soggetto privato nell'ambito della definizione del provvedimento amministrativo. Nell'impostazione sostenuta da Ranelletti l'atto di concessione si configurava esaurendosi soltanto nel provvedimento amministrativo, funzionalizzato alla cura di pubblici interessi emanato da un soggetto dotato di autoritatività e in via unilaterale, confinando il ruolo del soggetto privato ad un duplice riconoscimento: da un lato quello dell'atto di concessione e dall'altro quello di una dichiarazione di volontà rilasciata da tale soggetto, ovvero il concessionario, avente natura privatistica. Tale approccio giuridico d'inquadramento, aveva subito storicamente plurime rivisitazioni, scostamenti, e accesi dibattiti in sede sia dottrinale sia giurisprudenziale, anche a causa dell'attenzione crescente, che nel tempo aveva guadagnato il tema del contratto di diritto pubblico, del quale, tuttavia, non è possibile dare conto esaustivamente in questa sede di trattazione, se non segnalando che anche in Italia agli albori del XIX secolo, veniva avanzata una proposta incentrata anch'essa sul duplice momento pubblicistico e privatistico e declinata nel settore delle concessioni,

collegati con essa (...). Nell'opera dei giudici in materia di rapporti amministrativi hanno ampia diffusione, fino agli anni ottanta, le qualificazioni privatistiche e contrattualistiche. (...) Le qualificazioni giuridiche concernenti le «concessioni amministrative» seguono le regole generali del tempo: la giurisprudenza configura le concessioni come atti aventi natura contrattuale»; Id., voce *Concessioni amministrative*, cit., 1 ss. per il quale soltanto alla fine del XIX secolo si andava affermando un modello di relazione pubblicistico del rapporto pubblico-privato con conseguenti ripercussioni sul piano ricostruttivo nell'inquadramento dell'istituto concessorio. Si veda, infine anche B. Mameli, voce *Concessioni amministrative*, cit., 111 ss. In dottrina per l'impostazione originaria in chiave privatistica si veda A. Bonomi, *Contratti amministrativi*, in *Dig. It.*, Torino, 1898-1900, VIII, 422 ss; G. Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche*, Firenze, 1890.

²⁵⁶ Così M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, cit., 50.

proprio in un ottica di *favor* alla teoria del contratto di diritto pubblico. Secondo tale tesi dottrinale sostenuta in particolare da Ugo Forti²⁵⁷, la categoria concettuale del contratto di diritto pubblico deve applicarsi a taluni tipi di concessioni amministrative. Successivamente quest'ultima categoria veniva ripresa da Aldo M. Sandulli²⁵⁸ nella propria elaborazione teorica e dottrinale che affermava l'esistenza di contratti di diritto pubblico, tra quelli conclusi dall'amministrazione pubblica, soggetti alle norme del diritto privato. Infatti, i rapporti dedotti nel rapporto concessorio sarebbero disciplinati dal un lato attraverso il contratto, mediante il quale l'amministrazione pubblica assume l'obbligo verso la controparte privata vincolando la propria volontà discrezionale e dall'altro mediante il provvedimento che rappresenta il momento esecutivo del contratto di diritto pubblico²⁵⁹. La natura di derivazione pubblicistica del contratto trae fondamento dall'origine delle obbligazioni assunte dalla parte pubblica e da quella privata, che nel caso della concessioni constano per la prima nell'esercizio di potere pubblico e per la seconda nella gestione di un servizio. Quest'ultima tesi, tuttavia, che comunque qualificava la concessione quale atto sostanzialmente unilaterale, non aveva riscontrato successo sia in dottrina²⁶⁰, ma soprattutto in

²⁵⁷ U. Forti, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, 369 ss., poi in *Id.*, *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937, I, 360 ss; M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950, 350; P. Virga, *Contratto di diritto pubblico (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, 979 ss.; M. Ramajoli, *Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario*, in *Dir. amm.*, 1993, 563; G. Pericu, *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, in G. Pericu, A. Romano, V. Spagnuolo Vigorita (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, 104.

²⁵⁸ A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984, 585.

²⁵⁹ Così M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, *cit.*, 135 ss. che sottolinea come «(...) la soluzione fortiana del contratto di diritto pubblico è frutto di un compromesso con la tradizione dottrinale, indubbiamente anche nel suo ambito si rinvergono elementi d'innovazione sostanziale. Assai significativa la distinzione in due fasi del rapporto cui dà luogo il contratto di diritto pubblico: la prima di conclusione, che è tipicamente contrattuale e riguarda esclusivamente le parti; la seconda di esecuzione che presenta profili imperativi e unilaterali, e tocca sia le parti sia i terzi. Nelle «concessioni di pubblico servizio» il concessionario e l'amministrazione concludono un contratto un contratto col quale si obbligano, rispettivamente, il concessionario a svolgere un servizio pubblico e l'amministrazione ad emanare gli atti necessari a che quel servizio possa essere impiantato ed esercitato. Quando la pubblica amministrazione emana tali atti (...) allora si hanno altrettanti veri e propri atti d'impero, che sono in sostanza l'esecuzione del contratto e rilevano per le parti e per i terzi».

²⁶⁰ Si vedano E. Silvestri, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961 374 ss; F. Gullo, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965; M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, *cit.*, 306 ss; Per un orientamento che unificava i momenti del provvedimento e della convenzione, in cui il profilo di quest'ultima converge all'interno di un provvedimento determinato però convenzionalmente tra le parti si vedano F. Roversi Monaco, *Apertura dei lavori del convegno*, in *Id.*, (a cura di), *Le concessioni di servizi*, Atti della giornata di studio organizzata dall'Università di Bologna, Scuola di Specializzazione in Studi sull'Amministrazione Pubblica, in collaborazione con ANIG, Roma, 3 dicembre 1987, Rimini, 1987; A. Pioggia, *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. pubbl.*, 1995,

giurisprudenza²⁶¹, impegnata nella risoluzione di controversie che assumevano rilevanza non appena sul piano giuridico bensì anche su quello economico, e che sul tema dei beni pubblici iniziava ad abbandonare questa impostazione per accostarsi al modello della concessione-contratto. Con ciò affermando che il procedimento che conduce all'adozione della concessione è formato da due momenti distinti, uno pubblicistico consistente in un atto di sovranità ad opera dell'amministrazione pubblica ed uno privatistico-contrattuale atto a disciplinare gli aspetti di carattere patrimoniale. Anche sul piano dottrinale, si giungeva ormai all'abbandono della teoria dogmatica elaborata in maniera autorevole da Ranelletti, trovando maggiore rispondenza negli orientamenti emersi in sede giurisprudenziale, elaborando così a sua volta una dogmatica relativa agli atti negoziali dell'amministrazione pubblica e del rapporto tra l'atto amministrativo ed il contratto, fondata sulla categoria della concessione-contratto formata da un atto amministrativo unilaterale dotato d'imperatività ed un atto di natura negoziale, un contratto stipulato tra la pubblica amministrazione ed il soggetto privato concessionario. La dottrina aveva negato per parte sua la presenza di un provvedimento amministrativo all'interno del negozio in materia di concessione di beni e servizi pubblici, valorizzando il momento della contrattazione tra l'amministrazione pubblica ed il soggetto privato e riconducendo così le concessioni alla sfera eminentemente contrattuale²⁶². Facendo riferimento ad un esplicito richiamo di fonte pattizia nell'ambito delle scelte di carattere amministrativo, una parte della dottrina presentava la categoria delle convenzioni

586 ss; Per altri orientamenti che si oppongono ad un'ipotesi ricostruttiva della concessione, in termini provvedimentali e autoritativi si vedano R. Cavallo Perin, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998, 92 ss; G. Greco, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 381 ss; Id., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 9 ss;

²⁶¹ Cfr. Cass. 12 gennaio 1910, in *Riv. dir. comm.*, 1910, 248. La Suprema Corte, pronunciandosi in ordine ad una controversia relativa alla concessione di un'area demaniale marittima per uso industriale, in cui il soggetto concessionario aveva violato i limiti di costruzione fissati dalla concessione, sosteneva che nella concessione coesistono due negozi giuridici che pur essendo distinti sono congiunti. Il negozio unilaterale si realizzava con il negozio consensuale, il contratto, ma in alcuni casi quest'ultimo poteva anche mancare. Il consenso del soggetto concessionario rappresentava la condizione che consente al provvedimento amministrativo unilaterale di perseguire il proprio scopo. Nell'atto consensuale risiede invece l'accordo tra le parti in ordine al regolamento circa le modalità di attuazione e di svolgimento della concessione. La sentenza della Suprema Corte non attua ancora una completa cesura esplicita con l'impostazione pubblicistica perché il negozio giuridico concessorio mantiene ancora un profilo di diritto pubblico. Per l'esame di tale giurisprudenza e per una ricostruzione esaustiva sul tema si veda anche M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, cit., 187 ss.

²⁶² Si veda M. D'Alberti, *Le concessioni amministrative*, cit., 301 che asserisce come «(...) sul piano dogmatico, può sostenersi che in tutti i casi elencati è il contratto che costituisce e regola il rapporto concessorio; non esiste giuridicamente un provvedimento unilaterale di concessione;».

pubblicistiche²⁶³, una terza via tra il modello provvedimentale e quello contrattuale. In dottrina si valorizzava il profilo organizzativo della concessione, avente quale oggetto il conferimento di un ufficio elaborando la categoria del contratto ad oggetto pubblico, sotto forma di convenzioni sostitutive²⁶⁴. Altra parte della dottrina, invece, aveva sostenuto l'identificazione tra l'istituto della concessione e l'atto amministrativo, negando tuttavia che lo stesso fosse dotato del carattere della tipicità e rilevando che la concessione potesse divenire oggetto di contratto, anche se l'atto permaneva sotto l'egida del diritto amministrativo²⁶⁵. Riprendendo la nozione di concessione amministrativa, essa trova, infatti, duplice declinazione nella sua accezione traslativa e costitutiva. Nel primo caso il diritto o la facoltà sorgevano *ab origine* in capo al soggetto concedente e mediante la concessione si verifica il trasferimento dei medesimi in capo al soggetto concessionario, mentre nel secondo caso i diritti o le facoltà tramite la concessione vengono *ex novo* create in capo al concessionario. E' corretto pertanto affermare che dal momento che ogni provvedimento amministrativo, è dotato intrinsecamente di un effetto innovativo nel contesto dell'ordinamento in cui viene ad esistenza e quindi i provvedimenti determinano una modificazione dell'assetto dei rapporti giuridici tra i soggetti dell'ordinamento medesimo, allora anche le concessioni siano esse traslative o costitutive mantengono un effetto di tipo accrescitivo. Ciò presupponendo che, l'effetto accrescitivo attenga alla tipologia degli effetti giuridici *lato sensu* che è in grado di produrre il potere amministrativo e non alle innovazioni all'interno dell'ordinamento che riguardano ciascuna fattispecie provvedimentale²⁶⁶. In ogni caso un tratto unificante delle concessioni risiede nella capacità di accrescimento della sfera soggettiva dei soggetti destinatari di detti provvedimenti ai quali viene riconosciuta una situazione di privilegio²⁶⁷. Le concessioni pertengono alla sfera pubblicistica declinando i propri effetti in materi di beni pubblici, lavori pubblici, servizi pubblici, denaro pubblico e altri settori sottratti alle norme di diritto comune per quanto riguarda le norme di circolazione e quindi indisponibili mediante atti di volontà negoziale. La concessione di lavori, per lungo tempo, è stata oggetto in dottrina ed in giurisprudenza di interpretazione

²⁶³ Si veda tra tutti G. Falcon, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984.

²⁶⁴ Si veda tra tutti M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, cit.

²⁶⁵ Cfr. D. Sorace, C. Marzuoli, voce *Concessioni amministrative*, in *D. disc. pubbl.*, vol. III, 1989, 292.

²⁶⁶ Così F. Fracchia, voce *Concessione amministrativa*, cit., 256.

alla stregua di un istituto traslativo di pubblici poteri, ovvero quale provvedimento amministrativo attraverso cui l'amministrazione pubblica poteva trasferire a soggetti privati un proprio diritto, o una propria facoltà, un proprio potere, o ancora costituire a favore di altri un proprio diritto, una propria facoltà, un proprio potere che in tale modo subivano una limitazione per l'amministrazione medesima²⁶⁸.

Nell'ordinamento interno, attraverso la l. 24 giugno 1929, n. 1137 la concessione di lavori pubblici veniva codificata nella sua duplice accezione, quella di sola costruzione²⁶⁹ e quella di costruzione e gestione, ma in realtà già nella legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F (legge sui lavori pubblici) erano presenti norme in materia sia pure circoscritte alla concessione di costruzione ed esercizio nel settore del trasporto ferroviario. La prima individuava il provvedimento amministrativo mediante il quale l'amministrazione pubblica affidava ad un operatore economico privato il compito di costruzione di un'opera pubblica, entro un termine stabilito e verso un corrispettivo pattuito. La seconda, concerneva il provvedimento con cui la pubblica amministrazione, non solo affidava ad un soggetto privato il compito di costruzione dell'opera pubblica, bensì anche il compito di gestire quest'ultima per un determinato periodo di tempo al termine del quale l'opera diventava di proprietà dell'amministrazione medesima. La concessione di sola costruzione, che storicamente ha avuto vita breve nell'ordinamento interno, per via della difficoltà all'inquadramento rispetto all'appalto di opere pubbliche, reso possibile grazie alla distinzione operata dal Consiglio di Stato in sede consultiva²⁷⁰ poi abbandonato dallo stesso in sede

²⁶⁷ Si veda A. Romano, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, 2005, 204.

²⁶⁸ Sull'evoluzione della nozione di concessione di lavori pubblici nell'ordinamento italiano si vedano tra gli altri F. Pellizer, *Le concessioni di opera pubblica*, Padova, 1990; R. Gallo, *Caratteristiche delle concessioni di lavori pubblici*, in AA.VV. *Il codice dei contratti pubblici, commento al d. l. 12 aprile 2006*, n. 163 Napoli, 2007, 522 ss; C. Corsi, *Le concessioni di lavori e di servizi*, in M. P. Chiti (a cura di) *Il partenariato pubblico privato. Concessioni. Finanza di progetto. Società miste. Fondazioni*, Napoli, 2009; A. Bargone, P. S. Richter, *Manuale del diritto dei lavori pubblici. La riforma e il procedimento di attuazione*, Milano, 2001; R. Caranta, *Concessione di opere e di servizi*, in *Enc. dir.*, agg. V, 2001, 240 ss.

²⁶⁹ Si veda in tema F. Pellizer, *Le concessioni di sola costruzione tra pubblico e privato*, in *Foro amm.*, 1985, 1533 ss; G. Falzea, *La concessione e le concessioni di sola costruzione di opere pubbliche*, in *Dir. econ.*, 1989, 501 ss; E. Casetta, *Pubblico e privato nelle concessioni e nei contratti della pubblica amministrazione*, in *ivi.*, 1992, 275 ss.

²⁷⁰ Cfr. Cons. St., sez. III, 30 novembre 1982, n. 703, in *Arch. Giur. op. pubbl.*, 1984, 1129 ss. che interveniva per distinguere la nozione di concessione di sola costruzione e quella di costruzione e gestione, separando le rispettive discipline giuridiche.

giurisdizionale⁷¹, veniva attraverso la l. 8 agosto 1977, n. 584 equiparata quanto a regime giuridico, in particolare a livello procedimentale, alla disciplina vigente in materia di appalto. L'influenza del diritto europeo è stata evidente in particolare nell'impulso diretto ad assoggettare progressivamente alla norme in materia di concorrenza, le concessioni di lavori per assicurare il rispetto della libertà di stabilimento e di libertà di circolazione dei servizi di cui rispettivamente agli artt. 49 e 56 del Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

Se, infatti, l'art. 3 della direttiva 71/305/CEE c.d. prima direttiva lavori, recepita con la l. 8 agosto 1977, n. 584 escludeva espressamente dall'applicazione delle disposizioni comunitarie i contratti di concessione, la direttiva 89/440/CEE del 18 luglio 1989 c.d. seconda direttiva lavori prendeva in considerazione le concessioni di lavori pubblici, applicando ad esse determinate norme in materia di pubblicità chiarendo la nozione di contratto di appalto riformulata al fine di ricomprendere anche il riferimento all'esecuzione con ogni mezzo di un'opera che rispondesse alle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice e quindi annoverando anche le concessioni di sola costruzione all'interno della nozione medesima. Per trovare esplicita menzione e definizione in ambito europeo però, la concessione di lavori pubblici ha dovuto attendere l'emanazione della direttiva 93/37/CE in materia di coordinamento delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture. Detta direttiva all'art 1 lett d) definisce la concessione come un contratto che presenta le stesse caratteristiche dell'appalto di lavori pubblici, «(...) ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo». Le direttive 93/37/CE e 93/38/CE sono state recepite dal legislatore nella l. 11 febbraio 1994, n. 109 legge quadro in materia di lavori pubblici, c.d. Legge Merloni che rappresentava un primo compiuto tentativo di disciplina organica della materia concernente le concessioni di lavori pubblici. La direttiva 2004/18/CE in materia di appalti pubblici, servizi e forniture riproduceva di fatto all'art. 1 comma 3 la definizione di concessione di lavori in precedenza fornita dalla legge quadro sui lavori pubblici specificando che l'elemento contrattuale che differenzia il contratto di concessione di lavori dall'appalto consiste nel fatto che «(...) il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un

⁷¹ Cfr. Cons. St., sez. IV., 18 gennaio 1996, n. 54, in *Giur. it.*, 1996, III, 1, 265.

prezzo». Da ultimo, attraverso, la direttiva 2014/23/UE per la prima volta si fornisce una disciplina a livello giuridico per le concessione, in modo autonomo e distinto rispetto alla materia degli appalti, prospettando all'art. 5 una nozione di concessione, in una cornice decisamente rinnovata in sede europea e maggiormente dinamica rispetto a quelle più statiche conosciute dal diritto nazionale di matrice tradizionale costitutive o traslative. Il *genus* della concessione che emerge dalla direttiva 23 è identificato dal concetto di rischio operativo, che nel diritto interno trova quali *species* corrispettive i contratti di PPP e quelli di concessione, a seconda della tipologia di rischio che viene assunto dal soggetto privato.

Il legislatore italiano aveva disciplinato in modo più restrittivo la concessione di costruzione e gestione rispetto a quanto richiesto dal diritto europeo ricomprendendo, di fatto, la disciplina di quest'ultima all'interno della normativa concernente gli appalti. In un primo tempo, infatti, il legislatore medesimo, nel recepimento della direttiva 89/440/CEE che poi veniva trasposta nella direttiva 93/37/CE, non si era limitato a riprodurre la nozione di concessione di lavori, ma aveva imposto all'amministrazione concedente, con il d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406, di indicare nel bando di gara l'obbligo per il soggetto concessionario di affidare a terzi appalti per un valore minimo del 30% rispetto al valore globale dei lavori, disponendo altresì che le concessioni di lavori venissero aggiudicate in base alle procedura di licitazione privata o di trattativa privata. In un secondo tempo, lo stesso legislatore attraverso la legge quadro sui lavori pubblici c.d. legge Merloni aveva poi ridefinito in senso limitativo la nozione di concessione di lavori specificando ulteriormente le modalità di affidamento ammesse. Innanzitutto, ai sensi dell'art. 19 la concessione di lavori pubblici era individuata come un contratto avente ad oggetto non solo l'esecuzione, bensì anche la gestione delle opere pubbliche e «(...) la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente le opere». Secondo tale previsione l'eventualità che accanto a tale modalità di corrispettivo fosse previsto un prezzo da corrisponderci al concessionario, era ammissibile soltanto nel caso in cui ciò fosse stato necessario al fine di assicurare la remunerazione nella gestione di un'opera in cui sono previsti tariffe o prezzi. Secondariamente, agli artt. 20 e 21 era stato disposto che l'affidamento dei lavori, mediante concessione, potesse avvenire solo dopo l'esperimento della procedura di licitazione privata, in base al criterio dell'offerta

economicamente più vantaggiosa, escludendo pertanto qualsivoglia ricorso alla trattativa privata. Pertanto, se in sede comunitaria l'istituto della concessione, per quanto atteneva alla fattispecie di costruzione e gestione, trovava una disciplina in termini di procedure di aggiudicazione peculiare rispetto a quelle previste per gli appalti di lavori pubblici in ambito nazionale la disciplina delle concessioni di costruzioni e gestione era sostanzialmente assimilabile a quella vigente per gli appalti.

A seguito dell'entrata in vigore della legge quadro sui lavori pubblici e fino all'emanazione della l. 18 novembre 1998, n. 415 c.d. Legge Merloni-ter e successivo regolamento attuativo, le tipologie di concessioni di lavori erano due: la concessioni di sola costruzione (equiparata all'appalto) e quella di costruzione e gestione²⁷². Quest'ultima legge innovando la l. 11 febbraio 1994, n. 109 all'art. 19 comma 1, definiva tassativamente gli strumenti attraverso i quali realizzare le opere pubbliche, individuandoli nel contratto di appalto e in quello di concessione di lavori pubblici. Al comma 2 invece la c.d. Legge Merloni-ter aveva interamente riscritto la definizione di contratto di concessione stabilendo che «Le concessioni di lavori pubblici sono contratti conclusi in forma scritta fra un imprenditore ed una amministrazione aggiudicatrice, aventi ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici, o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica. La controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati»²⁷³. La legge

²⁷² Sul punto si veda G. Morbidelli, M. Zoppolato, *Appalti pubblici*, in M.P. Chiti e M. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, t. I, p. sp., Milano, 2007, pp. 446 ss.

²⁷³ Cfr. art. 19 comma 2 l. 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.i. Il presupposto di assunzione del legislatore era che, i risultati della gestione dell'opera siano in grado di remunerare i costi occorsi nell'attività di realizzazione della stessa. Tale presupposto verrebbe meno nel caso in cui nella gestione siano previsti prezzi o tariffe regolati, o comunque predeterminati, e pertanto il legislatore assicura, in deroga all'assenza di corrispettivo, al soggetto beneficiario della concessione il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti effettuati e della correlativa attività di gestione anche attraverso la fissazione di un prezzo stabilito in sede di gara, che non poteva comunque superare il 50% dell'importo totale dei lavori. Il successivo comma 2 bis, stabiliva la massima durata del contratto di concessione fissandola in trent'anni, inoltre all'interno della medesima disposizione viene prevista la disciplina a riguardo degli eventuali effetti conseguenti al mutamento dei presupposti e delle condizioni che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della correlata gestione rispetto alla qualità del servizio da prestare, evidenziando che le condizioni ed i presupposti sono da concordare e da premettere in sede contrattuale (costituendone parte integrante) il quale deve contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti. Lo stesso comma 2-bis regola peraltro le conseguenze inerenti le variazioni operate dall'amministrazione aggiudicatrice ai medesimi presupposti e condizioni che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, nonché da altri eventuali normative sopravvenute che prevedano nuove tariffe o

n. 415/1998, cui aveva fatto seguito la l. 1 agosto 2002 n. 166 c.d. Legge Merloni-*quater*, adottata per disporre l'adeguamento ai principi ed alle finalità introdotte dalla l. 21 dicembre 2001, n. 443 c.d. Legge Obiettivo, avevano il deliberato intento di incentivare e convogliare capitali di natura privata nella realizzazione dei lavori pubblici e di opere pubbliche. Le successive e significative evoluzioni normative in materia di concessioni di lavori e di servizi possono rintracciarsi nell'approvazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 c.d. Codice dei contratti pubblici, integrato dal relativo regolamento di attuazione²⁷⁴, che aveva recepito le direttive europee 2004/18/CE e 2004/17/CE, in materia di appalti pubblici rispettivamente nei settori ordinari e speciali. Da ultima è intervenuta l'approvazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 c.d. Codice dei contratti pubblici e delle concessioni, che ha recepito le direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, rispettivamente in materia di concessioni, e appalti nei settori ordinari e speciali, abrogando le precedenti disposizioni in materia. La nozione di concessione di lavori di cui all'art. 3 comma 11 del vecchio Codice dei contratti pubblici prevedeva, ribadendo la differenza dal contratto di appalto (per quanto concerne il corrispettivo richiamata già nella direttiva 18 del 2004) che essa potesse avere ad oggetto «(...) l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica». La disciplina delle concessioni di lavori pubblici di cui all'art. 143 del vecchio Codice, riaffermava al comma 3 che «La controprestazione a favore del concessionario consiste, di regola, unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati».²⁷⁵ Il comma

condizioni per l'esercizio delle attività oggetto della concessione. Secondo quanto disponeva l'art. 2 comma 2 della l. 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.i. i soggetti beneficiari della concessione di costruzione e gestione di lavori pubblici dovevano adempiere alle procedure di selezione del contraente secondo i criteri di aggiudicazione previsti, ovvero il pubblico incanto e la licitazione privata, rimanendo indifferente l'eventuale natura societaria di detti soggetti, rilevando invece la veste per i medesimi di soggetti svolgenti funzioni pubbliche trasferite loro dall'amministrazione concedente. Ai sensi dell'art. 2 comma 4 peraltro incombeva sul soggetto concessionario l'obbligo di appaltare a soggetti terzi almeno il 40% dei lavori pubblici oggetto del contratto di concessione.

²⁷⁴ d.P.R., 5 ottobre 2010, n. 207, pubblicato in G.U. 10 dicembre 2010, n. 288, Suppl. Ord. N. 270, in vigore dal 9 giugno 2011.

²⁷⁵ La norma prevedeva anche però eventuali eccezioni stabilendo al successivo comma 4 che «(...) il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un prezzo nonché, eventualmente, la gestione funzionale ed economica, anche anticipata, di opere o parti di opere già realizzate, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla remunerazione degli investimenti e alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il

7 introduceva, pertanto, uno specifico corrispettivo che poteva dunque costituire la retribuzione del valore residuo dell'ammortamento dell'investimento a conclusione del rapporto concessorio prevedendo che «L'offerta e il contratto devono contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto e devono prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione, anche prevedendo un corrispettivo per tale valore residuo». Per assicurare il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del soggetto concessionario l'amministrazione aggiudicatrice può altresì «(...) stabilire che la concessione abbia una durata superiore a trenta anni, tenendo conto del rendimento della concessione, della percentuale del prezzo di cui ai commi 4 e 5 rispetto all'importo totale dei lavori, e dei rischi connessi alle modifiche delle condizioni di mercato». Infine ai sensi del comma 9 «Le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti a carico del concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera». Inoltre per valorizzare l'apporto collaborativo del concessionario, come aveva previsto il comma 10, era stata riconosciuta la possibilità a quest'ultimo di partecipare «(...) alla conferenza di servizi finalizzata all'esame e all'approvazione dei progetti di loro competenza, senza diritto di voto». Le concessioni di lavori pubblici come prevedeva il comma 1 dell'art. 144 del vecchio Codice, venivano affidate mediante «(...) procedura aperta o ristretta, utilizzando il criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa». Il quadro normativo tracciato dal Codice del 2006, ancorché superato dalle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni del 2014 e successivo recepimento di tali normative nel diritto interno attraverso il nuovo Codice del 2016, segna un passo significativo nel processo di identificazione tra

perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare». Il comma 5 prevedeva inoltre sempre in tema di corrispettivo che le amministrazioni aggiudicatrici «(...) previa analisi di convenienza economica, possono prevedere nel piano economico finanziario e nella convenzione, a titolo di prezzo, la cessione in proprietà o in diritto di godimento di beni immobili nella loro disponibilità o allo scopo espropriati la cui utilizzazione ovvero valorizzazione sia necessaria all'equilibrio economico-finanziario della concessione. Le modalità di utilizzazione ovvero di valorizzazione dei beni immobili sono definite dall'amministrazione aggiudicatrice unitamente all'approvazione ai sensi dell'articolo 97 del progetto posto a base di gara, e costituiscono uno dei presupposti che determinano l'equilibrio economico-finanziario della concessione».

l'istituto della concessione di lavori e di servizi ed il PPP²⁷⁶. Le concessioni i lavori e la finanza di progetto (v. *infra* par. 2.4.) le quali costituiscono fattispecie del PPP c.d. contrattualizzato secondo l'orientamento del legislatore europeo (mentre nella visione del legislatore nazionale i contratti di PPP assumono una dignità giuridicamente autonoma e distinta da quelli di concessione), si avvalgono di capacità e competenze di tipo tecnico, progettuale, economico e finanziario del soggetto privato che assume un ruolo attivo soprattutto per operazioni complesse. Nell'ambito del PPP c.d. contrattualizzato sono possibili differenti gradazioni di intensità collaborative e integrative tra pubblico e privato e da questo punto di vista sicuramente la finanza di progetto rappresenta uno strumento maggiormente avanzato rispetto alla concessione di lavori sia sotto l'aspetto progettuale sia sotto l'aspetto dell'iniziativa²⁷⁷. Prima dell'avvento di tale assetto normativo, stante l'estraneità pressoché assoluta della concessione di sola costruzione, al pari dell'appalto, al fenomeno del PPP, maggiormente vicina (ancorché non sufficientemente assimilabile) a tale fenomeno di collaborazione pubblico-privato si configurava, invece, la concessione di costruzione e gestione, in quanto il ruolo del soggetto concessionario in questo frangente diviene non appena di mero esecutore dell'opera bensì di gestore di un pubblico servizio di cui l'opera diviene veicolo strumentale²⁷⁸. Il nuovo profilo della concessione di lavori pubblici così come emerge dalla nozione dettata all'art. 3 comma 1 lett. uu) del nuovo Codice, di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, individua «(...) un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere». La trasposizione nel diritto nazionale della nozione di rischio operativo dal lato della domanda e da quello dell'offerta, stabilite in sede europea, ha segnato la distinzione tra due fattispecie

²⁷⁶ Cfr. art. 3 comma 15-ter d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 «(...) Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. (...)».

²⁷⁷ N. Lugaresi, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, 546.

²⁷⁸ Così A. Di Giovanni, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012, 91 ss.

contrattuali differenti: i contratti di concessione di lavori e di servizi ed i contratti di PPP, i primi caratterizzati dalla presenza del rischio della domanda o di mercato, i cui introiti sono derivanti dai corrispettivi corrisposti dall'utenza medesima che fruisce dell'opera o del servizio mentre i secondi connotati dal rischio di disponibilità ed anche da quello di mercato i cui proventi destinati all'affidatario derivano dalla pubblica amministrazione.²⁷⁹ All'art. 165 comma 1 del nuovo Codice, infatti, è chiarito che «(...) la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario provenga dalla vendita dei servizi resi al mercato» a conferma del fatto che il rischio di cui si tratta per le concessioni di lavori e di servizi è il tipico rischio di domanda. Soprassedendo in questa sede alle disposizioni codicistiche riguardanti il rischio, l'equilibrio economico-finanziario e la bancabilità dell'investimento (v. *infra* par. 2.3.), è opportuno richiamare la statuizione del principio di libera amministrazione per le autorità pubbliche di cui all'art. 166 per il quale «Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario, fatto salvo il rispetto delle norme di cui alla presente Parte. Essi sono liberi di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi (...)»²⁸⁰. Tale previsione, recependo il Considerando 68²⁸¹ e l'art. 30²⁸² della direttiva 2014/23/UE, prende atto del carattere durevole complesso ed al contempo però dinamico dell'istituto concessorio fondato sul trasferimento del rischio operativo al privato, e altresì valorizza un profilo connaturato al rapporto di partenariato

²⁷⁹ Così M. Ricchi, *L'Architettura dei Contratti di Concessione e di Partenariato Pubblico Privato nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. 50/2016)*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, n. 3/2016, 814.

²⁸⁰ In ciò come ha osservato M.P. Chiti, *Il Partenariato Pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in G. F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di Progetto e PPP: temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015, 14-15, si ravvisa una evidente differenza rispetto al regime disciplinato per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, dove per contro le procedure di aggiudicazione ad evidenza pubblica sono predeterminate puntualmente. Già il Libro Verde aveva suggerito l'adozione di procedure flessibili per l'aggiudicazione delle concessioni, ritenendo quella del dialogo competitivo la più adeguata. La direttiva 2004/18/CE aveva stabilito alcune regole e principi essenziali quali trasparenza, pubblicità di cui all'art. 56 a cui si dovevano attenere le amministrazioni concedenti nella fase di aggiudicazione della concessione di lavori nulla disponendo per quanto riguardava le concessioni di lavori. Il d.lgs 12 aprile 2006, n. 163 Codice dei contratti pubblici aveva invece disciplinato in modo più preciso le concessioni di lavori su iniziativa pubblica (art. 144) e in modo meno invasivo quelle di servizi su iniziativa pubblica (art. 30), infine alla finanza di progetto per i lavori (art. 153) e per i servizi (art. 278).

²⁸¹ Cfr. Considerando n. 68 direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 «(...) fatta salva l'osservanza della presente direttiva e dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, dovrebbe essere lasciata alle amministrazioni aggiudicatrici e agli enti aggiudicatori un'ampia flessibilità nel definire e organizzare la procedura di selezione del concessionario».

pubblico-privato, ovvero quello della flessibilità e della negoziazione e del dialogo tra soggetti in posizione di tendenziale parità.

Per quanto attiene alla durata delle concessioni il legislatore nazionale, in ottemperanza alle direttive europee in materia²⁸³, valutando l'avversione intrinseca che da sempre il diritto europeo aveva manifestato per la durata *sine die* di detti contratti, sul presupposto che in tale modo si vulnerasse oltremodo la libertà di accesso al mercato violando così la libertà di circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento, ha stabilito all'art. 168 comma 1 che la durata dei contratti di concessione «(...) è limitata ed è determinata nel bando di gara dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario». A differenza di quanto aveva previsto il legislatore nel vecchio Codice, che poneva un limite massimo trentennale alla durata dei contratti di concessione, nel nuovo Codice, lo stesso legislatore, ha scelto di commisurare la durata dei medesimi «(...) al valore della concessione, nonché alla complessità organizzativa dell'oggetto della stessa». Il successivo comma 2 specifica il criterio valido per cui la durata della concessione al massimo «(...) non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici come risultante dal piano economico-finanziario».

Per quanto riguarda, invece, la disciplina dell'esecuzione dei contratti di concessione, se nelle direttive europee del 2004 la materia non aveva trovato un riconoscimento giuridicamente autonomo, nonostante la pluriennalità che caratterizza la durata di tali contratti implichi sempre di più non indifferenti ripercussioni in termini di variazioni sull'originario impianto contrattuale, nelle

²⁸² Cfr. art. 30 par. 1 direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 «L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario fatto salvo il rispetto della presente direttiva».

²⁸³ Cfr. Considerando n. 52 direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 «(...) le concessioni di durata molto lunga possono dar luogo alla preclusione dell'accesso al mercato, ostacolando così la libera circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento. Tuttavia, tale durata può essere giustificata se è indispensabile per consentire al concessionario di recuperare gli investimenti previsti per eseguire la concessione, nonché di ottenere un ritorno sul capitale investito». Sul punto G.F. Cartei, *Il contratto di concessione di lavori e di servizi: novità e conferme a 10 anni dal Codice De Lise*, in *Urb. e app.*, 2016, 939 ss., ha osservato che «Per questa ragione una durata tipo della concessione appare di ardua definizione a causa della variabilità degli elementi che determinano la sostenibilità economico-finanziaria dell'opera».

direttive europee del 2014 il quadro giuridico è mutato significativamente³⁴. Ciò in quanto l'orientamento del legislatore europeo ha preso coscienza dell'attitudine e della capacità dei profili relativi all'esecuzione dei contratti di concessione ad incidere sull'assetto del mercato concorrenziale. All'art. 174 è disciplinato il subappalto, ammesso per la prima volta nei contratti di concessione, con l'obbligo in capo ai soggetti concorrenti, in sede di presentazione dell'offerta, di indicare le parti del contratto che intendono subappaltare a soggetti terzi dichiarando che in capo a questi ultimi non sussistono cause di esclusione. E' previsto anche che l'amministrazione aggiudicatrice debba pagare direttamente i subappaltatori, con liberazione contestuale del soggetto concessionario dalla responsabilità solidale verso il terzo subappaltatore, salvo quando la natura del contratto non lo permetta. La previsione dell'art. 43 della direttiva 2014/23/UE trasposta fedelmente nell'art. 175 del nuovo Codice al comma 1 prevede una serie di ipotesi al ricorrere delle quali è possibile modificare il contratto di concessione senza ricorrere ad una nuova procedura di aggiudicazione. La prima di tali ipotesi è contemplata se le modifiche «(...) a prescindere dal loro valore monetario, sono state espressamente previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili che fissino la portata, la natura delle eventuali modifiche, nonché le condizioni alle quali possono essere impiegate. Tali clausole non possono apportare modifiche che alterino la natura generale della concessione». Inoltre, dette clausole non possono determinare la proroga della durata del contratto. La seconda di tali ipotesi di modifica è ammessa «per lavori o servizi supplementari da parte del concessionario originario che si sono resi necessari e non erano inclusi nella concessione iniziale, ove un cambiamento di concessionario risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperatività tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito della concessione iniziale e comporti per la stazione appaltante un notevole ritardo o un significativo aggravio o dei costi». La terza ipotesi di modifica è consentita nel caso in cui «la necessità di modifica derivi da circostanze che una stazione appaltante non ha potuto prevedere utilizzando l'ordinaria diligenza e contestualmente «che la modifica non alteri la natura generale della concessione». Infine, l'ultima ipotesi ricorre nel caso in cui un

³⁴ Così, M.P. Chiti, *Il partenariato pubblico privato e la direttiva concessioni*, in G.F. Cartei e M. Ricchi (a cura di), *Finanza di Progetto e PPP: temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015, 18 ss.

nuovo soggetto concessionario si sostituisce a quello a cui inizialmente era stata aggiudicata la concessione al ricorrere di una delle seguenti circostanze riconducibili alla prima ipotesi predetta. Inoltre, potrebbe verificarsi la circostanza per cui «al concessionario iniziale succeda, in via universale o particolare, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione del presente codice, fatta salva l'autorizzazione del concedente, ove richiesta sulla base della regolamentazione di settore». Oppure potrebbe darsi la modifica contrattuale «nel caso in cui la stazione appaltante si assuma gli obblighi del concessionario principale nei confronti dei suoi subappaltatori», infine «se le modifiche, a prescindere dal loro valore, non sono sostanziali ai sensi del comma 7».²⁸⁵ In ossequio ai principi di concorrenza e di parità di trattamento l'art. 175 stabilisce che non può essere disposta la proroga per la durata delle concessioni in corso di esecuzione, diversamente per quanto avviene per gli appalti per i quali è consentita la proroga a condizione che essa sia stata prevista in sede di gara e per il tempo necessario al fine di selezionare un nuovo soggetto contraente. All'art. 176 vengono definite le ipotesi di cessazione del rapporto contrattuale concessorio, individuate nell'annullamento d'ufficio, nell'inadempimento, nel subentro ed infine nella revoca. L'amministrazione aggiudicatrice può avvalersi dell'annullamento in autotutela nell'ipotesi in cui il soggetto aggiudicatario della concessione difetti dei requisiti generali, nell'ipotesi in cui sia stato violato il diritto europeo con riguardo al procedimento di gara al fine della scelta del concessionario, infine nell'ipotesi di modifica del contratto che avrebbe richiesto l'esperimento di una nuova procedura di aggiudicazione. La risoluzione per inadempimento è modellata sul modello generale civilistico di cui all'art. 1453

²⁸⁵ Art. 175 comma 7 d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50 «La modifica di una concessione durante il periodo della sua efficacia è considerata sostanziale, quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuito. In ogni caso, fatti salvi i commi 1 e 4, una modifica è considerata sostanziale se almeno una delle seguenti condizioni è soddisfatta: a) la modifica introduce condizioni che, ove originariamente previste, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella accettata, oppure avrebbero consentito una maggiore partecipazione alla procedura di aggiudicazione; b) la modifica altera l'equilibrio economico della concessione a favore del concessionario in modo non previsto dalla concessione iniziale; c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione della concessione; d) se un nuovo concessionario sostituisce

c.c. L'inadempimento può determinare l'avvicendamento nella posizione di concessionario attraverso il subentro di un nuovo operatore economico in via definitiva, deciso dai soggetti finanziatori previo consenso dell'amministrazione e sempre che tale ipotesi sia stata prevista espressamente nel bando di gara. Il concessionario subentrato deve garantire la ripresa dell'esecuzione dei lavori o dei servizi e l'esatto adempimento delle prestazioni oggetto del contratto. Qualora la concessione divenga oggetto di revoca, per motivi di pubblico interesse, spettano al soggetto concessionario sia il valore delle opere realizzate o le spese effettivamente affrontate, sia un indennizzo a titolo di risarcimento del mancato guadagno pari al 10% del valore delle opere o del servizio, ancora da eseguire in base al piano economico finanziario.

Una previsione significativa e dall'intento inequivocabilmente teso ad eliminare le concessioni non aggiudicate mediante procedure ad evidenza pubblica, è sicuramente quella dell'art. 177 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che prevede l'obbligo (entro ventiquattro mesi) per i soggetti concessionari che, al momento dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni, siano titolari di contratti di concessione, non affidati a mezzo di finanza di progetto o comunque di procedura ad evidenza pubblica, di «(...) affidare, una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni mediante procedura ad evidenza pubblica (...)». In caso di inottemperanza a tali prescrizioni, soprattutto al rispetto della soglia dell'ottanta per cento, il nuovo Codice ha previsto un sistema di controllo periodico annuale affidato ai soggetti preposti e all'ANAC, secondo modalità da quest'ultima definite attraverso apposite linee guida. Il comma 3 prevede anche un apposito regime sanzionatorio, in caso di inadempimento che si attiva in ipotesi di «(...) reiterate situazioni di squilibrio per due anni consecutivi (...)» inducendo il concedente ad applicare «(...) una penale in misura pari al 10 per cento dell'importo complessivo dei lavori, servizi o forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedura ad evidenza pubblica»

Alla luce di quanto esposto, è possibile constatare come la linea divisoria in termini di disciplina giuridica tra appalti e concessioni, tracciata dal legislatore europeo attraverso le direttive del 2014, e recepita dal legislatore delegato italiano

quello cui la stazione appaltante aveva inizialmente aggiudicato la concessione in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d)».

con l'emanazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 c.d. Codice dei contratti pubblici e delle concessioni, ha segnato con buona probabilità, un accoglimento implicito delle critiche avanzate alla classificazione unitaria offerta dal Libro Verde del 2004 sul PPP c.d. contrattualizzato, in tal modo riducendo l'ambito applicativo del PPP dopo avere registrato la crisi dell'unitarietà dell'altra categoria ovvero il PPP c.d. istituzionalizzato²⁸⁶. Inoltre la disciplina europea ha tracciato un ambito preciso di applicazione del PPP, riservato alle concessioni c.d. di rischio, così come vengono riqualficate dalla direttiva 2014/23/UE, in quanto solo queste sono caratterizzate dal trasferimento effettivo del rischio operativo all'operatore economico configurano un rapporto di PPP.

2.2. La concessione di servizi: caratteristiche dell'istituto dalle origini alla direttiva 23/2014/UE

Trattando della concessione di servizi pubblici²⁸⁷, che in passato aveva assunta anche la denominazione di concessione di committenza²⁸⁸ o concessione di costruzione e gestione in senso improprio, occorre premettere innanzitutto che tale istituto individua l'atto attraverso cui l'amministrazione pubblica si avvale di un servizio pubblico. Sotto questo profilo la concessione di servizi può diventare uno strumento alternativo rispetto a quello dell'appalto di servizi

²⁸⁶ Così M. P. Chiti, *Il Partenariato Pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in G. F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di Progetto e PPP: temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015, 12. Tale critica alla classificazione tra PPP contrattuale PPP istituzionalizzato operate nel Libro Verde del 2004 è stata avanzata da M. P. Chiti, *I Partenariati Pubblico-Privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in Id. (a cura di), *Il Partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009, 4 ss.

²⁸⁷ Sulla concessione di servizi pubblici la bibliografia è sterminata, si veda F.G. Scoca, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in F. Roversi Monaco (a cura di), *La concessione di servizi*, Rimini, 1988; G. Pericu, *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, in G. Pericu, A. Romano, V. Spagnuolo Vigorita (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, 91 ss.; M. Tucci, *Appalto e concessione di pubblici servizi. Profili di costituzionalità e di diritto comunitario*, Padova, 1997; B. Mameli, *Servizio pubblico e concessione. L'influenza del Mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentati*, Milano 1998; R. Cavallo Perin, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998; F. Mastragostino, *La concessione di servizi*, in R. Garofoli, M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, 98 ss.; G. Calderoni, *La "nuova" concessione di servizi*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, 214 ss.; G. Rizzo, *La concessione di servizi*, Torino, 2012;

²⁸⁸ Si trattava di un istituto per il quale il soggetto privato o un'altra amministrazione si sostituiva all'amministrazione aggiudicatrice nelle diverse fasi di realizzazione dell'opera, ovvero la progettazione, a localizzazione, l'indizione e l'aggiudicazione dell'appalto, nonché le attività correlate all'esecuzione dei lavori. Tale istituto è stato superato dopo l'emanazione della legge quadro sui lavori pubblici, l. n. 109/1994 che aveva vietato l'affidamento a terzi delle funzioni

nell'approvvigionamento di servizi da parte dei pubblici poteri, oppure lo stesso istituto può individuare l'atto attraverso cui la pubblica amministrazione trasferisce a soggetti terzi, non necessariamente aventi natura privata, la gestione di un determinato servizio, anch'esso pubblico. In quest'ultima ipotesi, la concessione si declina non in alternativa all'appalto bensì quale forma di gestione di pubblici servizi alternativa ad altre come la gestione in economia, a mezzo di istituzione, società di capitali a capitale pubblico prevalente o meno. La concessione di servizi pubblici non aveva ad oggetto la materiale esecuzione dell'opera mediante l'aggiudicazione di un appalto, bensì la sostituzione del concessionario all'amministrazione concedente nelle fasi preparatorie e accessorie all'intervento.

L'analisi dell'istituto della concessione di servizio pubblico, è stata segnata nel corso degli anni da una vistosa difficoltà nella ricostruzione giuridica, in quanto stabilisce un nesso necessario con la nozione "servizio pubblico" e la conseguente disciplina tra le più tormentate²⁸⁹ e dibattute, sia nell'ordinamento interno²⁹⁰ sia in quello europeo²⁹¹, che nonostante la copiosità di letteratura giuridica di ricostruzione e analisi in materia, sconta ancora un sostanziale profilo di indeterminatezza in termini nozionistici. La rilevanza di detta nozione è centrale nell'opera di qualificazione della concessione in quanto essa si è manifestata storicamente in Italia quale primaria e rilevante forma, cui si è fatto ricorso al fine di gestire i servizi pubblici, anche se i primi interventi legislativi sul tema avevano

proprie della stazione appaltante. Sulle concessioni di committenza si veda tra gli altri G. Leone, *Opere pubbliche tra appalto e concessione*, Padova, 1990, 24 ss.

²⁸⁹ Cfr. M.S. Giannini, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986, 69 ss.

²⁹⁰ Sulla nozione di servizio pubblico nell'ordinamento interno la letteratura è sterminata si veda tra tutti U. Potoschnig, *Pubblici servizi*, Padova, 1964, F. Merusi, voce *Servizio pubblico*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970 215 ss; S. Cattaneo, voce *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, XLII, 1990, 355 ss; P. Ciriello, voce *Servizi pubblici*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992; G. Caia, *I servizi pubblici*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, IV ed., Bologna, 2005; M. Clarich, L. Zanettini, *Servizi pubblici*, in G. Corso e V. Lopilato (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Milano, 2006; G. Napolitano, *I servizi pubblici*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2012; R. Villata, *Pubblici servizi discussioni e problemi*, Milano, 2008; F. Figorilli, *I servizi pubblici*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, II ed, Torino, 2011.

²⁹¹ Sulla nozione di servizio pubblico nell'ordinamento europeo la letteratura è sterminata si veda tra tutti R. Cavallo Perin, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, cit., 41 ss; F. Trimarchi Banfi, Considerazioni sui nuovi servizi pubblici, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 5/2002, 945 ss; M. Clarich, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *ivi*, n. 1/2003; N. Rangone, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2005, 433 ss.; N. Bassi, *I servizi pubblici comunitari: la loro recente comparsa, i loro primi sviluppi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 1/2006, 69 ss.

affermato il modello della gestione diretta, sovente mediante azienda speciale.²⁹². La nozione propria di servizio pubblico individua la produzione e l'erogazione di quei servizi che rivestono utilità generale, quali ad esempio la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti, trasporto pubblico locale, distribuzione dell'energia elettrica e del gas, servizi idrici, approntamento e gestione delle infrastrutture essenziali quali gli acquedotti, fognature, reti telefoniche, impianti di illuminazione, impianto ed esercizio delle farmacie. Un riferimento di carattere generale al modello proprio della concessione era presente già nella l. 29 marzo 1903, c.d. Legge Giolitti, sulle municipalizzazioni, successivamente trasposta nel r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578²⁹³ (T.U. sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province). Fino all'emanazione della l. 8 giugno 1990, n. 142 sull'ordinamento locale, la disciplina dei servizi pubblici locali era rimasta pressoché immutata. Tale norma stabiliva che gli enti locali provvedevano alla gestione dei servizi pubblici in concessione a soggetti terzi in presenza di determinati presupposti tecnici, economici e di opportunità, rimanendo immutate le modalità di affidamento. In Italia sin dal periodo storico immediatamente successivo all'unificazione, nel panorama dottrinale si contrapponevano già due interpretazioni, una oggettiva e l'altra soggettiva al fine di qualificare il servizio pubblico²⁹⁴. In origine era prevalente la nozione di servizio pubblico in senso

²⁹² Si veda sul punto F.G. Scoca, *La concessione come forma di gestione dei servizi pubblici*, cit., (?) che documenta l'ingente ricorso allo strumento concessorio nell'epoca postunitaria in particolare nel settore ferroviario, nel settore idroelettrico in quello del trasporto pubblico locale e dell'illuminazione pubblica.

²⁹³ Che prevedeva all'art. 26 la possibilità per i Comuni di concedere a soggetti privati la gestione di determinati servizi pubblici, in combinato disposto con il r.d. 14 settembre 1931, n. 1175 (t.u. per la finanza locale) che prescriveva all'art. 265 un contenuto predeterminato per i contratti attraverso i quali gli enti locali concedevano a soggetti privati i servizi pubblici, fissando modalità di affidamento.

²⁹⁴ La nozione oggettiva di servizio pubblico prescinde dai profili generici e nominalistici, derivati da una semplice qualificazione formale connessa alla natura giuridica del gestore. Infatti, il servizio pubblico nelle iniziali opere di ricostruzione in termini di nozione si manifestava come attività non autoritativa svolta essenzialmente da un soggetto di matrice pubblicistica e dunque partendo da un profilo formale si introduceva a livello nominalistico la qualificazione propria dell'attività (G. Caia, *I servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca (a cura di), IV ed., Bologna, 2005, IV, 149 ss.). In assenza di una esplicita definizione in ambito legislativo di servizio pubblico, la dottrina a favore della nozione oggettiva ha tratto legittimazione per definire i caratteri identificativi dal dettato costituzionale e segnatamente dall'art. 43 Cost. nel quale si stabilisce che sussiste una riserva di legge in ordine al potere di riservare originariamente o trasferire, per finalità di utilità generale, di imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali. La ricostruzione del servizio pubblico in senso oggettivo confuta la teoria che afferma sia necessaria e indefettibile la gestione statale, per parlare di servizio pubblico. La concezione oggettiva sostiene quindi che un servizio pubblico possa essere esercitato anche da un soggetto privato senza tuttavia che sussista un conferimento da parte dell'amministrazione pubblica ogni qual volta sussistano le condizioni esplicitate dall'art. 41 Cost. comma 3 (U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, 1964).

soggettivo, quale attività non autoritativa dell'amministrazione pubblica che poteva essere affidata in gestione ad un soggetto privato. Tale modello entrava in crisi con il passaggio progressivo dallo Stato imprenditore allo Stato regolatore, dove il mercato assumeva assoluta centralità, ed i poteri pubblici non concedevano più soltanto la gestione del servizio, bensì ne trasferivano anche la titolarità, conservando prerogative in ordine all'indirizzo, alla regolazione ed al controllo. L'avvento della Costituzione e l'attività della giurisprudenza costituzionale²⁹⁵ nell'evoluzione interpretativa a riguardo dell'art. 43, che fa riferimento ai servizi pubblici essenziali con carattere di preminente interesse generale dettato, hanno profondamente inciso nell'opera ricostruttiva della nozione di servizio pubblico in senso oggettivo.

In Europa, i tentativi sia di approntare una disciplina generale per i servizi pubblici sia di ricostruire la nozione di servizio pubblico sono stati interessati da

La nozione soggettiva di servizio pubblico è stata individuata da autorevole dottrina per la quale si veda A. De Valles, *I servizi pubblici*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano*, vol. VI, pt. I, Milano, 1930, 402 che trattando della nozione di servizio pubblico riprendeva l'opera di S. Romano, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1906, 144 per il quale l'accento dev'essere posto sul concetto di prestazione amministrativa piuttosto che su quello di servizio pubblico «anche quando il contenuto della prestazione amministrativa è materialmente identico al contenuto di prestazioni private, il diverso subietto ne rende altra la natura giuridica». La prestazione amministrativa per A. De Valles «deve essere fatta ad uno o più subietti individualmente determinati»; D. Sorace, *Pubblico privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 1997, 51 ss. che individua servizio pubblico «[...] un'attività [...] rispetto alla quale un soggetto pubblico svolge in quanto tale un ruolo determinante» e M.S. Giannini, *Diritto Amministrativo*, Milano, 1993, 24 quale «[...] attività non autoritativa assunta da un pubblico potere». La nozione medesima in senso soggettivo, cioè di pertinenza dell'amministrazione pubblica, non è mutuata semplicemente dall'attributo "pubblico", in quanto tale attributo non sta a qualificare essenzialmente il titolare della gestione del servizio pubblico, quanto piuttosto il soggetto o i soggetti destinatari del medesimo, ovvero i cittadini intesi *uti singuli* o *uti universi*. In sintesi, è dunque il destinatario innanzitutto che concorre a qualificare unitamente al soggetto gestore, la pubblicità del servizio reso alla collettività, ed in questo non è possibile prescindere dalla considerazione sulla centralità della pertinenza del servizio alla pubblica amministrazione, in chiave beninteso scevra da un'attribuzione necessaria di gestione diretta materiale del servizio pubblico. Il servizio stesso risulta pertanto configurarsi come pubblico, in quanto esso soddisferebbe un interesse della collettività, che si annovera tra i compiti dell'amministrazione. Detto altrimenti, il servizio pubblico potrebbe essere tale anche se fosse gestito da soggetti di natura privatistica, purché come sostiene G. Caia, *I servizi pubblici*, cit., 148 ss. «s'inserisca istituzionalmente nel novero delle misure attuative dei compiti dell'amministrazione, sulla scorta di appositi strumenti organizzatori dettati dalla legge ovvero adottati dall'amministrazione pubblica in base ad essa». L'affidamento del servizio pubblico ad un soggetto privato non compromette pertanto la nozione soggettiva del medesimo, anzi risulta essere pienamente compatibile con essa perché quello che rileva in questa sede è l'imputabilità all'organizzazione pubblica complessiva, quindi la titolarità in capo a quest'ultima e non la sua gestione (R. Villata, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, cit., 4 ss). A questo proposito si può parlare di concezione soggettiva temperata come ha sostenuto R. Cavallo Perin, *Comuni e Province nella gestione dei servizi pubblici*, cit., ma, allora si tratta soltanto di intendersi sul significato delle parole e la sostanza semantica rimane invariata.

²⁹⁵ Per una ricostruzione degli orientamenti della Corte Costituzionale in materia si veda tra tutti in maniera esaustiva M. Dugato, *Diritto dell'amministrazione e mercati*, in G. Della Cananea, M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006, 64 ss.

non irrilevanti difficoltà, dovute soprattutto alla eterogeneità della nozione di servizio pubblico presente in ciascun Stato membro, che garantiva la sottrazione di tale settore all'ingerenza della disciplina europea in particolare per quanto riguarda l'applicazione del principio di concorrenza. La ragione principale sottesa a detta sottrazione, è da ricercarsi nell'assimilazione, per lungo tempo da parte degli Stati membri, del settore dei servizi pubblici al regime di attività amministrativa autoritativa, prerogativa dei soggetti pubblici. Il Trattato CE aveva definito i servizi nel capo III all'art. 50²⁹⁶ (art. 57 TFUE) specificando che questi ultimi annoverano le attività di carattere industriale, commerciale, artigiane o libero professionali. Tuttavia, non essendo l'elencazione tassativa, all'interno del novero dei servizi possono essere ricompresi altri servizi, come ha precisato la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, ovvero quelli derivanti da attività turistiche, sportive e finanziarie. Inoltre, il medesimo trattato imponeva all'art. 49 (art. 56 TFUE) il divieto a forme di restrizione alla libera prestazione di servizi nello spazio europeo verso i cittadini appartenenti agli Stati membri stabiliti in uno Stato membro estraneo a quello del soggetto destinatario della prestazione. La nozione di servizio, nel diritto europeo, appare quale categoria residuale, in quanto rappresentano servizi quelle prestazioni rese dietro retribuzione, non disciplinate in modo puntuale all'interno delle norme che disciplinano la libera circolazione di persone, capitali e merci. Il servizio in ambito europeo è inteso in un'accezione molto più ampia rispetto alla ricostruzione operata in ambito nazionale potendosi ricondurre «(...) ad ogni prestazione consistente in un *facere* retribuito»²⁹⁷. Il servizio pubblico così come viene concepito e riproposto in sede europea «(...) non può considerarsi una fattispecie alternativa rispetto al servizio generalmente inteso bensì un'eccezione, fondata su oggettive esigenze di garantire un servizio pubblico (inteso come pubblico di utenti), e non solo pubblico»²⁹⁸. Le

²⁹⁶ Cfr. art. 50 TCE «Ai sensi del presente trattato, sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. I servizi comprendono in particolare: a) attività di carattere industriale; b) attività di carattere commerciale; c) attività artigiane; d) attività delle libere professioni. Senza pregiudizio delle disposizioni del capo relativo al diritto di stabilimento, il prestatore può, per l'esecuzione della sua prestazione, esercitare, a titolo temporaneo, la sua attività nel paese ove la prestazione è fornita, alle stesse condizioni imposte dal paese stesso ai propri cittadini.»

²⁹⁷ G.M. Racca, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in G. Pericu, A. Romano, V. Spagnuolo Vigorita (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, 201

²⁹⁸ Così G. Rizzo, *La concessione di servizi*, Torino, 2012, 34 che osserva citando E. Picozza, *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2006, 300 come «La nozione di servizio pubblico è quindi progressivamente sostituita dalla «nozione di servizio al pubblico, il cui nucleo è costituito dalle nozioni di: a) prestazione (articolo 1174, codice civile), intesa come oggetto

concessioni di servizi pubblici s'inquadrano dal punto di vista del diritto europeo all'interno della nozione di "servizi d'interesse generale" che possono essere di tipo economico o non economico³⁰⁰. In realtà la prima nozione, non è espressamente menzionata nel Trattato CE ma deriva nella prassi invalsa dall'espressione "servizi d'interesse economico generale" che invece è citata dalla lettera del Trattato agli artt. 16³⁰⁰ (art. 14 TFUE) e 86 comma 2³⁰¹ (art. 106 TFUE) ed individua alcuni servizi quali i trasporti, i servizi postali, l'energia e le telecomunicazioni ed ogni altra tipologia di servizio assoggettato ad obblighi di servizio pubblico (quali ad es. il servizio idrico e quello di raccolta e smaltimento dei rifiuti). I servizi d'interesse economico generale differiscono dai servizi di cui all'art. 50 del Trattato CE (art. 57 TFUE), in quanto i primi devono essere garantiti anche qualora il mercato non sia in grado di provvedere in via autonomia. Dunque il presupposto di tali servizi è il fallimento del mercato con l'esigenza di attribuire agli operatori obblighi di servizio pubblico. I servizi non economici d'interesse generale per contro riguardano, invece, tipologie di servizi

dell'obbligazione, suscettibile di valutazione economica e corrispondente all'interesse, anche non patrimoniale del creditore; b) operazione, intesa come comportamento di fatto giuridicamente qualificato; c) risultato, inteso come misura verificabile e controllabile dell'attività prestata attraverso il servizio».

³⁰⁰ Cfr. Libro bianco sui servizi di interesse generale del 12 maggio 2004, COM(2004), 374 secondo cui i servizi d'interesse generale costituiscono innanzitutto «(...) elementi essenziali per garantire la coesione sociale e territoriale e salvaguardare la competitività dell'economia europea». Anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea richiama i servizi, segnatamente il diritto ad accedere all'assistenza sociale (art. 34), alla prevenzione sanitaria e alle cure mediche (art. 35) e ai servizi d'interesse economico generale (art. 36).

³⁰¹ Cfr. Art. 16 TCE «Fatti salvi gli articoli 73, 86 e 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti». Per una ricostruzione della genesi dell'art. 16 si veda N. Rangone, *I servizi d'interesse generale in Europa*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 386 ss. Sull'art. 16 si veda tra tutti D. Sorace, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371 ss.; A. Pericu, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001, 296 ss; D. Caldirola, *La dimensione comunitaria del servizio pubblico ovvero il servizio di interesse economico generale e il servizio universale*, in L. Ammannati, M.A. Cabiddu, P. De Carli (a cura di), *Servizi pubblici concorrenza e diritti*, Milano, 2001, 154 ss; M. Clarich, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2003, 96 ss.

³⁰² Cfr. Art. 86 comma 2 TCE «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità». Sull'art. 86 comma 2 si veda M. Cammelli, A. Zioldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1997, 96 ss; E. Picozza, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997, 194 ss.; B. Mameli, *Concessioni e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2001, 73 ss; G.M. Racca, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, cit., 276 ss.; M. Ramajoli, *Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario*, cit., 330 ss.

non fondate su attività economiche, ritenute assoggettabili anch'esse ad obblighi di servizio pubblico da parte delle pubbliche autorità. Il diritto europeo non contempla, a differenza del diritto nazionale, la nozione di "servizio pubblico" bensì al massimo quella di "obblighi di servizio pubblico" sul presupposto che tale nozione dovesse ricevere in ciascun ordinamento nazionale una propria declinazione differente³⁰², nel rispetto dell'autonomia di ciascun Stato membro ad individuare i servizi d'interesse economico e non economico generale. Le norme europee dedicate ai servizi generali d'interesse economico, impongono il divieto di adottare misure negli Stati membri in violazione ai principi generali di concorrenza e non discriminazione a beneficio di imprese pubbliche e imprese cui si riconoscono diritti esclusivi o speciali. Inoltre, è previsto il riconoscimento di deroghe in favore di imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale, nella misura in cui l'applicazione delle norme del Trattato risulti ostativa al fine di adempiere alla *mission* loro assegnata³⁰³. La norma prevede quindi, quale regola generale, l'applicazione delle disposizioni in materia di concorrenza, giustificando deroghe solo in forza del principio di proporzionalità, al fine esclusivo di permettere il perseguimento delle finalità di pubblico interesse, prefissati dagli Stati membri. Tale circostanza, implica il riconoscimento di una prerogativa di tipo discrezionale in capo alle amministrazioni pubbliche dei singoli Stati membri nell'organizzazione e gestione dei servizi pubblici, nel quadro del rispetto dei principi del Trattato. L'opinione diffusa in dottrina, in merito al rapporto sostanziale tra la nozione di servizio pubblico così come elaborata nel diritto interno e quella di servizio d'interesse economico generale di derivazione europea, riteneva che il processo di liberalizzazione in ambito europeo in diversi ambiti quali le telecomunicazioni, l'energia elettrica, il gas e le poste, culminato nelle direttive europee del 2006³⁰⁴,

³⁰² Pertanto le imprese incaricate di svolgere un servizio d'interesse economico generale possono risultare beneficiarie di contributi di natura pubblica in deroga alla disciplina europea in materia di aiuti di Stato, a titolo di compensazione, in base al criterio di proporzionalità per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico, in particolare nel caso in cui in assenza del finanziamento pubblico verrebbe pregiudicato l'equilibrio economico dell'impresa (si veda C. giust. CE, 24 luglio 2003, C-280/00, *Altmark*)

³⁰³ Cfr. direttiva europea 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006 che si inseriva in una strategia di azione globale nel quadro della Strategia di Lisbona diretta a rimuovere gli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e alla libertà di stabilimento dei soggetti prestatori di servizi. I servizi d'interesse generale che non rientrano nella nozione di cui all'art. 50 TCE (art. 57 TFUE) erano esclusi dall'applicazione della direttiva (tra cui i servizi non economici d'interesse generale) mentre erano inclusi i servizi d'interesse economico generale in quanto servizi prestati dietro corrispettivo economico. In Italia tale direttiva è stata recepita attraverso il

avesse avvallato la qualificazione del servizio pubblico in senso oggettivo, finendo così per identificare il servizio pubblico, oggettivamente inteso, con il mercato regolato. Ciò perché le attività sottoposte ad attività di regolazione, ancorché liberalizzate, sarebbero da interpretare come servizio pubblico oggettivo che si identificherebbe così con il servizio economico d'interesse generale³⁰⁵. Tuttavia, a questa lettura interpretativa se n'era contrapposta un'altra, corroborata anche dalla giurisprudenza costituzionale³⁰⁶, secondo cui i servizi economici d'interesse generale coinciderebbero con la nozione del diritto interno di servizi pubblici a rilevanza economica, intesi però nell'accezione soggettiva³⁰⁷. Il diritto comunitario ha concluso per quest'ultima interpretazione, perché la nozione in senso soggettivo di servizio presenta tra i propri elementi caratterizzanti la definizione da parte dei pubblici poteri di specifici obblighi di pubblico servizio in capo agli operatori per il raggiungimento di finalità d'interesse generale, esattamente come avviene per i servizi d'interesse economico generale di derivazione europea, annoverando entrambe tra i propri presupposti d'esistenza il fallimento del mercato.³⁰⁸

d.lgs 26 marzo 2010, n. 59 che apre con cautela in qualche misura ad un regime di liberalizzazione soprattutto con forme di semplificazione del regime autorizzatorio. Rilievi critici alla direttiva sono stati avanzati tra gli altri da C. Rizzo, *La concessione di servizi*, Torino, 2012, 61 secondo la quale la direttiva «(...) mantiene fermo il regime della riserva di attività ai pubblici poteri ex art. 43 Cost. (sia esercitata direttamente, sia a mezzo di concessione amministrativa), per tutte le attività costituenti servizi di interesse economico generale per i quali non sono previsti regimi di esclusiva. Di conseguenza la liberalizzazione si riduce alla soppressione delle misure discriminatorie dirette alla libera prestazione di servizi o alle misure di effetto equivalente che erano, per altro, già presenti nell'originario programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione di servizi di quasi cinquant'anni or sono (1962)».

³⁰⁵ E' di questo avviso V. Cerulli Irelli, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Dir. amm.*, 2006, 772 ss. secondo cui «Si può affermare che (...) vi sia coincidenza tra le due nozioni: quella del diritto europeo di cui all'art. 86, 2° par. e quella dell'ordinamento nazionale di cui all'art. 41, 3° co. attività economiche in entrambi i casi, esercitate da imprese pubbliche e da imprese private, sottoposte a regimi derogatori (o privilegiati) rispetto all'ordinario regime dell'attività di impresa per assicurare il perseguimento di fini sociali (ovvero l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico)» asserendo quindi che «I servizi di interesse generale sono attività ascrivibili ai servizi pubblici in senso oggettivo (...)».

³⁰⁶ Cfr. Corte Cost., 17 novembre 2010, n. 325, secondo cui «(...) sebbene in ambito comunitario, non venga mai utilizzata l'espressione "servizio pubblico locale di rilevanza economica" (SPL di rilevanza economica), ma solo quella di "servizio di interesse economico generale" (SIEG), la nozione comunitaria di SIEG, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di SPL di rilevanza economica hanno «contenuto omologo»».

³⁰⁷ Si veda in questo senso tra gli altri G. Corso, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 1999; F. Trimarchi Banfi, *Considerazioni sui "nuovi" servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 945 ss.; M. Lottini, *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1351 ss.; R. Villata, *Pubblici servizi discussioni e problemi*, cit., 38 ss.

³⁰⁸ Si veda in questi termini R. Villata, *Pubblici servizi discussioni e problemi*, cit., 33 «E' proprio nella fattispecie del servizio di interesse economico generale che sovente si ravvisa la nozione più

La sottoposizione della concessione di servizi alle norme europee in materia di appalti pubblici di servizi era stata oggetto di lungo dibattito, in quanto proprio gli appalti di servizi erano rimasti l'ultima materia appositamente disciplinata dalla direttiva europea 92/50/CEE emanata in data 18 giugno 1992³⁰⁹. Il problema risiedeva nel fatto che tale direttiva, non contemplava in alcun modo una disciplina per le concessioni di servizi nonostante la proposta della Commissione Europea, la quale al contrario ne raccomandava la regolamentazione³¹⁰. Tale lacuna ha indotto la dottrina a ritenere che le concessioni di servizi fossero state escluse dall'ambito soggettivo di applicazione della direttiva mentre un'altra parte riteneva, invece, che l'omissione di tale riferimento esplicito fosse da imputare alla oltremodo generica definizione di appalto di servizio ivi contenuta. A fare chiarezza però non ha tardato a giungere il 12 aprile 2000 la Comunicazione interpretativa della Commissione³¹¹ in materia di concessioni nel diritto europeo. Attraverso quest'ultima il diritto europeo eleggeva a criterio discretivo ai fini della qualificazione delle concessioni e degli appalti il fattore del rischio di gestione, elemento fondante delle prime e pressoché assente nei secondi³¹². Tale Comunicazione ammetteva in via espressa un regime giuridico soltanto per le concessioni di lavori pubblici, ma non escludeva che anche altre tipologie di

prossima al servizio pubblico secondo il diritto interno, pur se non identica, quanto meno perché ne restano estranei i servizi di interesse generale non economici».

³⁰⁹ Gli appalti pubblici di forniture e quelli di lavori erano stati disciplinati in seguito, rispettivamente dalle direttive 93/36/CEE e 93/37/CEE.

³¹⁰ La proposta 91/C 250/05, in G.U.C.E 25 settembre 1991, n. C 250/04 avanzata dalla Commissione al Consiglio delle Comunità Europee conteneva la raccomandazione ad includere nella direttiva anche la disciplina relativa alla concessione di servizi pubblici, tuttavia tale proposta non veniva accettata e ogni altro tentativo di disciplinare l'affidamento di tale istituto non trovava accoglienza in sede europea, e quindi la disciplina relativa alla concessione di servizi pubblici rimaneva per lungo tempo estranea alla normativa europea in materia di appalti pubblici come aveva confermato C. giust. CE, Camera Grande, 21 luglio 2005, causa C-231/04, *Coname*.

³¹¹ *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario 2000/C 121/02*. Per un'analisi della comunicazione si vedano L. Bertonazzi, R. Villata, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. Chiti e M. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, t. IV, p. sp., Milano, 2007, 1853 ss.; C. Guccione, *La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2000, 1253 ss.; F. Leggiadro, *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Urb. e app.*, 2000, 1430 ss.

³¹² Il quadro giuridico tratteggiato dalla Comunicazione permette di evincere che tra concessione di servizi e concessione di servizio pubblico non esiste perfetta identità perché la prima è una *species* del *genus* concessione di servizi, perché se tutte le concessioni di servizio pubblico rientrano nella categoria della concessioni di servizio non può dirsi che tutte le concessioni di servizi integrino gli estremi di concessioni di pubblico servizio in quanto l'oggetto della concessione di servizi potrebbe esulare da un servizio d'interesse generale rivolto alla collettività. Tale distinzione ricalcherebbe la partizione operata nel diritto europeo tra i servizi di cui all'art. 50 TCE (art. 57 TFUE) e i servizi d'interesse economico generale di cui all'art. 86 comma 2 (art. 106 TFUE). Si veda sul punto L. Bertonazzi, R. Villata, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. Chiti e M. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, t. IV, p. sp., Milano, 2007, 1857.

concessione tra cui anche quelle di servizi, fossero soggette al rispetto di alcuni principi stabiliti dal Trattato CE e dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia³¹³. La Commissione, infatti, aveva evidenziato l'applicabilità anche alle concessioni di servizi dei principi di libertà di circolazione delle merci e dei servizi, del principio di stabilimento, di cui agli artt. 29-30 e 43-55 del Trattato CE, nonché dei principi generali del diritto europeo quali il principio di parità di trattamento, trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità. Dall'assoggettamento a tali disposizioni e a tali principi discendeva, ad avviso della Commissione l'obbligo, per le amministrazioni concedenti, di aggiudicare i contratti di concessione attenendosi al rispetto del principio di concorrenza. L'orientamento della Commissione era stato condiviso dalla Corte di Giustizia UE che in una pronuncia³¹⁴ aveva riconosciuto che le procedure di aggiudicazione delle concessioni di servizi, dovessero essere sottoposte al rispetto dei principi fondamentali predetti del Trattato CE.

Con l'avvento delle direttive europee del 2004 in materia di appalti pubblici la concessione di servizi trovava una sistemazione in termini di definizione³¹⁵, che riprende quella di concessione di lavori, che per lungo tempo aveva svolto una funzione supplente al fine di ricostruire i profili della prima. Tali direttive però, non fornivano ancora una puntuale disciplina, escludendo peraltro dalla propria applicazione la concessione di servizi, fermo restando l'assoggettamento di quest'ultima ai principi generali del Trattato CE, come hanno riconosciuto

³¹³ Sul punto si veda tra gli altri G. Montedoro, V. Talienti, *Le concessioni di lavori nel codice appalti: nozione e caratteristiche*, in *Trattato sui contratti pubblici*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (diretto da) vol. IV, Sez. I, Milano, 2008, 2479 ss. Sull'individuazione dei principi comunitari applicabili si veda in particolare R. Cavallo Perin, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 41 ss.

³¹⁴ C. giust. CE, 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH e Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG* in cui si riconosce che «La Commissione aveva espressamente proposto di includere la concessione di pubblico servizio nella sfera di applicazione di tale direttiva (...) tuttavia, nel corso della procedura legislativa il Consiglio ha eliminato ogni riferimento alla concessione di pubblici servizi» prendendo così atto delle «differenze esistenti tra gli stati membri per quanto riguarda la delega della gestione dei servizi pubblici nonché le modalità di tale delega» Sul punto specifico si veda L. Bonechi, *Concessioni e appalti pubblici di servizi: la corte elimina i dubbi sulla disciplina applicabile*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, 325; G. Marchegiani, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernenti le concessioni e i c.d. «affidamenti in house»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 956 ss. Si veda anche G. Greco, *Le concessioni di lavori e di servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 5/2000, 993 ss.

³¹⁵ Art. 1 par. 4 direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004 «La «concessione di servizi» è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo».

ampiamente alcune pronunce della Corte di Giustizia³¹⁶. Il vecchio Codice degli appalti pubblici, recependo le direttive appalti del 2004 definiva l'istituto della concessione di servizi, come derivante dal combinato disposto dell'art. 3 commi 6 e 12, quale contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, avente ad oggetto la fornitura di servizi di vario genere, con la particolarità che il corrispettivo consisteva esclusivamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo³¹⁷. Il legislatore aveva stabilito la non applicazione delle disposizioni del Codice alle concessioni di servizi, salvo quanto previsto dall'art. 30 che, al comma 2, identificava la controprestazione da parte del concessionario con il riconoscimento del diritto di gestire³¹⁸ funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio e la fissazione di un prezzo in sede di gara qualora venga imposto al concessionario l'obbligo di praticare un prezzo calmierato per l'utenza inferiore al valore per conseguire marginalità di mercato, oppure quando ciò sia necessario al perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della correlata gestione in relazione alla qualità del servizio da offrire. Al successivo comma 3, la norma prevedeva l'assoggettamento delle procedure finalizzate alla selezione del concessionario ai principi desumibili dal Trattato e dei principi generali in materia di contratti pubblici³¹⁹. La disciplina di cui all'art. 30, metteva in luce, infine, al comma 6 con la conferma della giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione³²⁰ e della

³¹⁶ Ex multis C. giust. CE, Sez. I, 13 ottobre 2005 causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*; Sez. I, 6 aprile 2006, causa C-410/04, *ANAV c. Comune di Bari*; Sez. III, 15 ottobre 2009, causa C-196/08, *Soc. Acoset c. Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. A.t.o. Idrico Ragusa* che oltre a ribadire che «anche se i contratti di concessione di servizi pubblici sono esclusi dall'ambito applicativo delle direttive 2004/18 e 2004/17, le pubbliche autorità che li conducono sono tuttavia tenute a rispettare le regole fondamentali del Trattato CE in generale» fornisce un quadro sintetico in ordine ai principi sanciti nel Trattato CE che rilevano nella disciplina delle concessioni di servizi quali il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, il principio della parità di trattamento, il principio di trasparenza e di imparzialità.

³¹⁷ Art. 3 comma 12 d.lgs 12 aprile 2006, n. 163 «La «concessione di servizi» è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità all'articolo 30».

³¹⁸ La giurisprudenza europea ha chiarito i profili definitori propri del diritto di gestire il servizio, si veda C. giust. CE, 10 settembre 2009, causa C-206/08, *WAZV Gotha - Eurwasser*.

³¹⁹ Cfr. art. 30 comma 3 d.lgs 12 aprile 2006, n. 163 «La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi».

³²⁰ Cfr. ord. Sez. Un., Cass. civ., 15 giugno 2009, n. 13892

giustizia amministrativa³¹, un altro tratto distintivo della concessione di servizi pubblici, ovvero la permanenza dell'effetto traslativo cioè il trasferimento di potestà pubbliche al concessionario.

L'evoluzione normativa in senso contrattuale, grazie alle direttive 18/2004/CE e 17/2004/CE rispettivamente in materia appalti pubblici nei settori ordinari e speciali, e quindi al vecchio Codice dei contratti pubblici, delle concessioni al pari degli appalti, aveva messo in rilievo l'essenzialità del profilo della retribuzione del concessionario e quindi del rischio economico, ha inevitabilmente attratto tale istituto nell'orbita di rilevanza del PPP, in quanto risulta evidente che nelle concessioni di servizi la collaborazione pubblico-privata trova declinazione nella ripartizione del rischio economico. Tuttavia, non sono mancate critiche da parte della dottrina che ha rilevato la non piena ascrivibilità dell'istituto della concessione di servizi pubblici a tale categoria collaborativa. La dottrina ha messo in luce come la concessione difettava di alcuni presupposti richiesti dal diritto europeo per essere annoverata integralmente nel PPP, come ad esempio il fatto che nella concessione sia esclusivamente l'amministrazione pubblica che individua l'interesse pubblico da perseguire, stabilisce gli *standard* qualitativi dei servizi da prestare e la politica dei prezzi o delle tariffe ed infine monitora il conseguimento degli obiettivi prefissati. Nella concessione difettava anche il ruolo del privato quanto all'apporto partecipativo nelle diverse fasi dell'attività, svelando in ultimo che la concessione più che sul perseguimento e sulla realizzazione di un obiettivo comune, si fonda sullo scambio di reciproci vantaggi tra pubblico e privato, con il primo che si avvantaggia delle conoscenze tecniche del privato al quale trasferisce la gestione del servizio ed il secondo che beneficia di tale gestione introitando i compensi dai prezzi o dalle tariffe corrisposti dall'utenza³². L'ambito delle concessioni di servizi ha rappresentato un terreno sul quale il diritto europeo progressivamente ha concentrato la propria attenzione e i propri interventi, al fine di garantire uno spazio europeo incentrato sul mercato unico dei lavori e dei servizi pubblici, innanzitutto promuovendo legislazioni atte all'attenuazione dei profili di specialità, che connotavano le concessioni rispetto alla disciplina degli appalti pubblici, assoggettando gradualmente i rapporti concessori al novero delle regole di evidenza pubblica,

³¹ Cfr. par. Cons. St., Sez. III, 26 febbraio 2002, n. 433/02; Id., 5 maggio 2009, n. 1163; TAR Lazio, Roma, Sez. III, 25 gennaio 2007, n. 563; Id., 2 febbraio 2007, n. 777

prima con la Comunicazione interpretativa della Commissione del 2000, successivamente con le direttive europee appalti del 2004 ed in ultimo con la direttiva concessioni del 2014 che ha introdotto un regime specifico in ordine all'aggiudicazione e all'esecuzione dei contratti di concessione, recepita all'art. 170 ss. del Codice dei contratti pubblici e delle concessioni.

A differenza del quadro europeo in cui all'art. 45³²³ del Trattato CE (art. 51 TFUE) si richiamava il concetto di partecipazione anche occasionale all'esercizio dei pubblici poteri, nel contesto giuridico nazionale per lungo tempo la concessione era stata vista quale sinonimo di riserva originaria, in capo ai poteri pubblici, di attività economica, in ossequio al dettato costituzionale dell'art. 43 Cost. La dottrina italiana richiamava, infatti, la teoria della sostituzione³²⁴ per giustificare la sottrazione di alcuni settori al principio della concorrenza. Fino alla svolta realizzata in sede tanto dottrinale quanto giurisprudenziale e finanche legislativa con l'approvazione della l. 7 agosto 1990, n. 241 che avevano impresso unitariamente una connotazione contrattualistica alla concessione, annoverandola all'interno degli strumenti consensuali dell'attività amministrativa, non si poteva in alcun modo assimilare tale istituto al qualsivoglia forma collaborativa pubblico-privato, tantomeno al PPP. Tuttavia, ancorché la direttiva 2014/23/UE manifesti una portata potenzialmente pervasiva per ogni tipo di servizio, non avendo escluso la concessione di servizi pubblici *ex se* dal proprio ambito di applicazione (salvo taluni servizi pubblici non d'interesse economico e taluni servizi d'interesse economico peculiari quali i trasporti), ed avendo riconosciuto però agli Stati membri la competenza a individuare i servizi pubblici, la giurisprudenza e la dottrina sarebbero tuttora orientate ad escludere la rilevanza dello strumento contrattuale nella concessione di servizi pubblici, avvallando così la permanenza di una distinzione tra concessione di servizio pubblico così come ricostruita in sede europea e quella vigente nel diritto interno. La giurisprudenza, in particolare, ha proseguito nella sua opera di riqualificazione in senso pubblicistico della concessione di servizio pubblico sostenendo che essa «costituisce in ogni caso

³²² In questi termini A. Di Giovanni, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012, 93 ss.

³²³ Art. 45 TCE «Sono escluse dall'applicazione delle disposizioni del presente capo, per quanto riguarda lo Stato membro interessato, le attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri».

³²⁴ E' stata elaborata da G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, 73 ss.; Id., *Ente pubblico e concessione di pubblici servizi*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987, 359 ss. in virtù della quale «un soggetto terzo è legittimato a far valere un diritto, un obbligo o un'attribuzione che rientrano nella sfera del sostituito operando sotto la sua personale responsabilità».

uno strumento volto al perseguimento delle finalità di carattere generale demandate alla pubblica amministrazione»³²⁵. A conferma di tale tendenza diretta all'attenuazione dell'influenza del diritto privato nel rapporto concessorio, si segnala che numerosi atti negoziali in materia di servizi pubblici sono stati considerati all'interno della categoria giuridica dell'accordo amministrativo³²⁶ ai sensi dell'art. 11 della l. n. 241/1990, evitando così il ricorso alla concessione-contratto.

La distinzione fondamentale tra appalti pubblici di servizi e concessioni di servizi pubblici, dev'essere indagata alla luce dell'interazione sempre più sinergica tra il diritto interno e quello europeo, che attraverso la giurisprudenza amministrativa³²⁷ ha introdotto nel corso degli anni criteri discriminanti tra i due istituti. Tutto ciò è avvenuto *a fortiori* alla luce del contesto giuridico profondamente mutato, a seguito dell'emanazione della direttiva europea 2014/23/UE in materia di concessioni, differenti rispetto a quelle tradizionalmente intese dalla dottrina giuspubblicistica italiana. Quest'ultima, infatti, individuava il discrimine nel carattere unilaterale della concessione di servizi a differenza del carattere negoziale dell'appalto di servizi, e nel profilo dell'attività svolta dal concessionario, di tipo surrogatorio rispetto all'amministrazione concedente, beneficiando del trasferimento di prerogative pubbliche, diversa da quella di mera rilevanza economica svolta dall'appaltatore nell'interesse e a favore dell'amministrazione appaltante, non implicando alcun trasferimento di potestà pubbliche, potendo vantare al contempo l'appaltatore, una mera prerogativa economica al pari di ogni altro operatore nel mercato.

In ambito europeo rivestiva notevole importanza, al fine di trarre elementi discriminanti le predette fattispecie giuridiche, la Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni del 2000, che individuava tra gli elementi

³²⁵ Cfr. Cons. St., Sez. V., 22 ottobre 2013, n. 5421 che si pronunciava in materia di servizio idrico. La necessità di utilizzare uno strumento pubblicistico è stata evidenziata da Corte Cost., 31 marzo 2015, n. 56 in materia di affidamento a soggetti privati di concessioni di giochi e scommesse.

³²⁶ Così G. Greco, *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, 1999, 381. Si veda anche Id., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, 155 ss. All'accordo sostitutivo sono stati ricondotti dalla giurisprudenza amministrativa numerosi contratti inerenti il trasporto pubblico locale (si veda TAR Piemonte, Sez. II, 26 maggio 2010, n. 2750 e numerose convenzioni sanitarie (si veda TAR Campania, Napoli, Sez. I, 18 ottobre 2005, n. 16660).

³²⁷ Ex multis si veda TAR Lombardia, Brescia, 26 febbraio 2003, n. 292; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 4 settembre 2004, n. 3242; TAR Lazio, Sez. II, 6 settembre 2005, n. 6581; Cons. St., Sez. VI, 15 novembre 2005, n. 658; Cons. St., Sez. V, 2008, n. 6049; Cons. St., Sez. V, 11 agosto 2010, 5620; Cons. St., Sez. VI, 4 settembre 2012, 4682; Tar Lazio, Roma, Sez. II, 13 febbraio 2013, n. 1555; TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 18 aprile 2013, n. 363.

più qualificanti la concessione da un lato l'attribuzione di un diritto esclusivo o speciale e dall'altro il trasferimento del rischio al concessionario, elementi assenti nella configurazione dell'appalto, anche perché in quest'ultimo il rischio rimane in capo all'amministrazione³²⁸. Alla tesi tradizionale³²⁹ che individuava la linea di confine tra appalto e concessione nella natura dell'atto sotteso a tali istituti, ovvero il contratto per il primo e il provvedimento amministrativo per la seconda, è stata offerta un'interpretazione più adeguata e aggiornata, anche alla luce della contestualizzazione operata in sede europea e al netto dell'ampia discussione in ordine alla natura della concessione di servizio pubblico in materia, per la quale si è tentata una, se pur concisa, ma descrittiva ricostruzione storico-dogmatica. Ad avviso sia della dottrina³³⁰ sia della giurisprudenza³³¹, il *discrimen* tra appalto e concessione nell'ambito dei servizi è da ricercare nei rispettivi oggetti: se infatti l'oggetto dell'appalto di servizio riguarda prestazioni rese dall'appaltatore a favore dell'amministrazione committente, instaurando così un rapporto bilaterale, nella concessione di pubblico servizio presuppone, invece, un rapporto trilaterale. In quest'ultimo rapporto le prestazioni sono rese a favore non dell'amministrazione aggiudicatrice, bensì dell'utenza del servizio che remunera parzialmente o totalmente il concessionario, a differenza dell'appalto in cui la remunerazione proviene esclusivamente dall'amministrazione appaltante³³². In

³²⁸ Così F. Mastragostino, *La concessione di servizi*, in R. Garofoli, M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, 105 che ravvisa l'elemento di alterità della concessione rispetto all'appalto nel fatto che la prima «consiste nell'attribuzione del diritto di gestire l'opera, va a dire nel trasferimento al concessionario di compiti, non necessariamente di stretta marca pubblicistica, che rientrano altrimenti nella sfera di responsabilità dell'amministrazione pubblica, quale contropartita di tale attività e che (...) implica anche il trasferimento del rischio della gestione, analogo tratto essenziale secondo il percorso interpretativo di cui alla comunicazione del 12 aprile 2000 sarebbe rinvenibile nella concessione di servizi».

³²⁹ Per questa tesi si veda U. Pototschnig, *Concessione ed appalto nell'esercizio dei pubblici servizi*, in *Jus*, 1953, 393 ss. che aveva trovato ampia conferma anche nel nono considerando della direttiva 92/50/CEE secondo cui «la prestazione di servizi è disciplinata dalla presente direttiva soltanto quando si fonda su contratti d'appalto; che la prestazione di servizi su altra base, quali leggi o regolamenti ovvero contratti di lavoro, esula dal campo d'applicazione della presente direttiva».

³³⁰ Si veda R. Cavallo Perin, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993, 61 ss.; A. Romano, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 468; A. Police, *Le concessioni di servizi pubblici: regole di concorrenza e «privilegi» dell'Amministrazione*, in *Riv. trim. app.*, 1996, 376.

³³¹ Cons. St., sez. V, 30 aprile 2002, n. 2294 in *Foro amm. C.d.S.*, 2002, 945, per il quale «L'appalto di servizi si distingue dalla concessione di servizi per il fatto che nel primo e prestazioni sono rese in favore dell'amministrazione, che ha l'onere di compensare l'attività svolta dal privato, mentre il secondo interessa un articolato rapporto trilaterale, che interessa l'amministrazione, il concessionario e gli utenti del servizio, i quali ultimi, ove il servizio sia divisibile tra loro, sono normalmente tenuti a pagare il costo del servizio che ricevono».

³³² In dottrina F. Goisis, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessione di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*, 2011, 740 ha parlato di «una concorrenza per il

definitiva i criteri che permettono di identificare l'appalto pubblico di servizi rispetto alla concessione di servizio pubblico sono essenzialmente di tipo economico-sostanziale. Essi si riferiscono al rischio di gestione³³³ ed alle modalità di retribuzione per la prestazione effettuata. In base a tali criteri e sulla scorta della giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia UE, la concessione di servizio pubblico si configura quando l'operatore si assume il rischio di gestione relativo all'opera, remunerandosi attraverso la corresponsione delle tariffe da parte dell'utenza che usufruisce dell'opera, mentre si configura l'appalto di servizi nel caso in cui l'operatore economico assume un impegno nei confronti dell'amministrazione pubblica, dietro corrispettivo, escludendo l'assunzione del relativo rischio di gestione e quindi senza alcuna responsabilità verso l'utenza finale del servizio prestato.

Alla luce delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni del 2014, è emersa una volontà da parte del legislatore di definire in modo più chiaro la nozione di appalto pubblico, resa manifesta anche nell'attività giurisdizionale della Corte di Giustizia³³⁴, evitando l'ampliamento in termini applicativi rispetto alle direttive europee del 2004 in materia di appalti³³⁵. Si afferma così chiaramente l'auspicio tendente a non considerare parte integrante della definizione di appalto pubblico, gli esborsi economici da parte delle pubbliche amministrazioni in senso lato, bensì unicamente quelli diretti all'acquisizione di lavori, servizi e forniture o

mercato statico (ossia bilaterale) come contrapposta ad una concorrenza per il mercato dinamico (ossia trilaterale). La prima caratterizzante l'appalto, la seconda propria della concessione».

³³³ Cfr. A. Massera, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, 2011, 76 secondo il quale l'elemento che distingue le concessioni è individuabile nel «profilo di della allocazione del rischio della gestione il cui diritto viene contrattualmente assegnato all'impresa» e tale rischio si pone come «rischio derivante dagli andamenti della domanda di prestazione di servizio generata dal mercato, a sua volta correlato alla capacità dell'impresa stessa di avvantaggiarsi delle opportunità che le consente un mercato così regolato».

³³⁴ C. giust. UE, 21 dicembre 2016, C-51/15, *Remondis GmbH* che chiarendo la nozione di appalto pubblico rilevante ai fini dell'applicazione della normativa europea ne ha puntualizzato parimenti l'ambito applicativo. Nel caso di specie che riguardava alcune amministrazioni locali tedesche, le quali avevano disposto il trasferimento di determinate competenze in materia di gestione dei rifiuti ad un consorzio da esse costituito, la Corte di Giustizia ha ribadito la mancanza di una forma di remunerazione per le amministrazioni locali deleganti e quindi l'assenza del carattere sinallagmatico del rapporto negoziale nell'atto costitutivo dell'ente consorziale da cui deriva la non rilevanza applicativa della disciplina europea in materia di appalti pubblici. Si veda M. Porcu, *Qualificazione del contratto di appalto pubblico nell'ambito delle direttive europee*, in *Urb. e app.*, 2017, 199 ss.

³³⁵ Cfr. Considerando 4 direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 «La crescente diversità delle forme di intervento pubblico ha reso necessario definire più chiaramente il concetto stesso di appalto. Questo chiarimento in quanto tale non dovrebbe tuttavia ampliare l'ambito di applicazione della presente direttiva rispetto a quello della direttiva 2004/18/CE. La normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici non intende coprire tutte le forme di esborsi di fondi pubblici, ma solo quelle rivolte all'acquisizione di lavori, forniture o prestazioni di servizi a titolo oneroso per mezzo di un appalto pubblico».

prestazioni di servizi a titolo oneroso. Sulla base di tale richiamo il legislatore nazionale delegato, nell'adozione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ha stabilito all'art. 3 comma 1 lett. ii) che l'appalto individua un contratto a titolo oneroso, stipulato per iscritto tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi. L'elemento caratterizzante ed indefettibile nella nozione di appalto pubblico è dunque il carattere della onerosità³³⁶. Questo implica da un lato che l'amministrazione aggiudicatrice deve ottenere una prestazione a fronte di un corrispettivo e che tale prestazione deve riguardare un interesse economico per la medesima³³⁷. L'origine di tali criteri è da ricercarsi in ambito europeo, perché proprio in quel contesto il rischio di gestione e le modalità di retribuzione, sono in grado di favorire un migliore assetto concorrenziale dell'attività. Infatti, la ragione essenziale posta alla base dell'adozione di tali criteri ai fini della qualificazione dell'istituto concessorio risponde alla finalità antielusiva delle procedure ad evidenza pubblica, perché la sottoposizione delle concessioni nell'ambito di applicazione delle normative europee in materia di appalti pubblici aveva realizzato «la caduta di uno degli ultimi fortini di sovranità esclusiva della legislazione nazionale»³³⁸.

Evidenziata la differenza tra appalto e concessione, è opportuno rilevare che la ricostruzione giuridica offerta su quest'ultima dalla direttiva 2014/23/UE registra asimmetria dal punto di vista oggettivo rispetto alla nozione tradizionale conosciuta nel diritto interno, anche se a seguito dell'approvazione del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni tale divergenza tende in prospettiva a ridursi. Infatti, le concessioni proprie del diritto nazionale sono connotate da un lato dal rapporto trilaterale perché la gestione delle opere o l'espletamento di servizi è sempre realizzato a favore di soggetti terzi, ovvero dell'utenza e dall'altro dal tratto pubblicistico. La concessione che emerge dalla direttiva è, invece, più ampia rispetto a quella nazionale, perché annovera anche le concessioni fondate su rapporti bilaterali, ovvero quelle c.d. fredde, in cui la

³³⁶ In tale senso C. giust. CE, 12 luglio 2001, causa C-399/98, *Ordine degli Architetti e a.*, punto 77 con note di M.A. Quaglia, *Le opere di urbanizzazione tra convenzione urbanistiche e procedure di evidenza pubblica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n.5/2001, 842; Id., 18 gennaio 2007, causa C-220/05, *Auroux e a.*, punto 45.

³³⁷ Così C. giust. CE, 25 marzo 2010, causa C-451/08, *Helmut Müller* punti da 47 a 49, con nota di G. Carullo, *Rapporti tra potestà pubbliche e opere di urbanizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2010, 999 ss

³³⁸ G. Greco, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 6/2000, 1461 ss

gestione dell'opera o l'espletamento del servizio avvengono a favore dell'amministrazione concedente che è tenuta a sostenerne i relativi costi, così come avviene per gli appalti. La nozione di concessione europea che emerge dalla direttiva è più ristretta rispetto a quella che rileva nel diritto interno, perché non contempla tutti i casi di rapporto concessorio fondato sul rapporto trilaterale, bensì solo quelli in cui si verifica una effettiva traslazione del rischio operativo a favore del soggetto privato concessionario. In definitiva, come ha rilevato autorevole dottrina³³⁹, le concessioni così disciplinate dal diritto nazionale rientrano nell'ambito applicativo della direttiva concessioni del 2014, ancorché permangano presupposti e natura altamente divergenti tra il concetto di concessione così come si è affermato in sede europea e quello sviluppatosi negli anni in sede nazionale. La concessione europea è molto più simile per alcuni aspetti all'appalto, con il medesimo regime giuridico in ordine ai mezzi di ricorso, ovvero di affidamento, e quindi con una vocazione maggiormente privatistica, dal momento che l'elemento che differenzia l'istituto concessorio dall'appalto è unicamente l'elemento della traslazione del rischio al privato, introducendo elementi di reale aleatorietà nel rapporto medesimo, a differenza di quelli esistenti in capo all'appaltatore. La concessione italiana, pur se con la rinnovata disciplina in chiave europea accolta dal nuovo Codice, rimane uno strumento di marca fortemente pubblicistica, evidente soprattutto nella concessione di servizi dove il concessionario diventa conferitario di poteri pubblici, facendo così assurgere l'istituto concessorio a modello espressivo di poteri amministrativi come hanno asserito il Consiglio di Stato³⁴⁰ e la Suprema Corte di Cassazione³⁴¹, attribuendo essa diritti speciali o esclusivi. Ciò è testimoniato dalla permanenza di poteri pubblicistici in capo all'amministrazione concedente nella fase di svolgimento del rapporto concessorio e di esecuzione parimenti in ordine a vicende modificative ed estintive della medesima. In coerenza con questa impostazione la Corte costituzionale³⁴² ha riconosciuto la cognizione del giudice amministrativo in giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici in virtù del fatto che si ritiene l'amministrazione pubblica esercente poteri autoritativi, anche sotto forma di accordi amministrativi. Infine, è possibile osservare che la declinazione nella

³³⁹ Si veda G. Greco, *La direttiva in materia di concessioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1114 ss.

³⁴⁰ Cfr. Cons. St., Sez. V., 27 giugno 2006, n. 4125

³⁴¹ Cfr. Cass. Sez. Un., 22 febbraio 2007, n. 4112

³⁴² Cfr. Corte Cost., 6 luglio 2004, n. 204

normativa codicistica del concetto di rischio, di cui si tratterà *funditus* nel paragrafo successivo, suddiviso in rischio dal lato della domanda e rischio dal lato dell'offerta, ha determinato l'affermazione di due fattispecie contrattuali distinte quali il contratto di concessione e quello di PPP. Il primo connotato dalla presenza del rischio dal lato della domanda, i cui proventi derivano dai pagamenti corrisposti al concessionario dagli utenti dell'opera o del servizio³⁴³, mentre il secondo identificato talvolta dal rischio dal lato dell'offerta, che coinciderebbe secondo alcuni con il rischio di disponibilità³⁴⁴, talvolta da quello dal lato della domanda. Nel primo caso i proventi provengono dall'amministrazione concedente, mentre nel secondo provengono dall'utenza, ovvero dal mercato, così come avviene per le concessioni sia di lavori sia di servizi³⁴⁵. Nella disciplina del nuovo Codice, il legislatore delegato ha saputo introdurre per i contratti di PPP opportuni e necessari correttivi per regolare il rapporto pubblico-privato sia sul piano procedurale sia sul piano contrattuale, al fine di scongiurare che l'amministrazione pubblica sia nelle condizioni di sostenere esborsi eccessivi, rispetto ai rischi assunti dall'operatore economico privato o senza ottenere gli standard di qualità attesi³⁴⁶.

2.3. Trasferimento del rischio al privato: equilibrio finanziario e rischio operativo d'impresa.

Il tema del trasferimento del rischio operativo all'operatore economico, ovvero al concessionario nell'ambito del rapporto concessorio e comunque più in generale al *partner* privato nelle operazioni di PPP, è tanto cruciale quanto

³⁴³ Cfr. art. 165 comma 1 d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50 «Nei contratti di concessione come definiti all'articolo 3, comma 1, lettere uu) e vv), la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato. Tali contratti comportano il trasferimento al concessionario del rischio operativo definito dall'articolo 3, comma 1, lettera zz) (...)».

³⁴⁴ Di questo avviso M. Ricchi, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2014, 746 ss; più perplesso invece F. Goisis, *La Concessione di costruzione e gestione di opere pubbliche*, in R. Villata (a cura di), *I contratti pubblici*, Padova, 2014, t. II, 1702.

³⁴⁵ Cfr. art. 180 comma 2 d.lgs. 19 aprile 2016, n. 50 «Nei contratti di partenariato pubblico privato, i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o da qualsiasi altra forma di contropartita economica ricevuta dal medesimo operatore economico, anche sotto forma di introito diretto della gestione del servizio ad utenza esterna. Il contratto di partenariato può essere utilizzato dalle amministrazioni concedenti per qualsiasi tipologia di opera pubblica».

³⁴⁶ Così M. Ricchi, *L'Architettura dei Contratti di Concessione e di Partenariato Pubblico Privato nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. 50/2016)*, cit., 815.

conosciuto, perché riveste da sempre carattere indefettibile per entrambe le categorie contrattuali, ed in particolare per le concessioni perché la traslazione del rischio nella gestione dell'opera o nella prestazione del servizio, presuppone un rapporto tra concessionario ed utenti finali. La sua portata in termini qualificatori e soprattutto la sua inerenza specifica in termini di ambito applicativo, fino all'emanazione della direttiva 2014/23/UE, era pressoché sconosciuta sia facendo riferimento agli interventi legislativi precedenti, sia ponendo attenzione alla giurisprudenza scaturita in materia, che in buona sostanza si era limitata a qualificare il rischio quale fattore discriminante della concessione rispetto all'appalto pubblico. Invero per comprendere la *ratio* fondativa della direttiva concessioni, è d'obbligo soffermarsi brevemente a proposito dell'oggetto del contratto di concessione, individuato dalla gestione dell'opera o del servizio avente quale predicato il rischio.

Il Libro Verde sui PPP del 2004 richiamava già il tratto qualificante del rapporto concessorio nel «(...) legame diretto esistente tra il partner privato e l'utente finale: il partner privato fornisce un servizio al pubblico, 'in luogo', ma sotto il controllo del partner pubblico»³⁴⁷. In precedenza la Commissione nella comunicazione interpretativa sulle concessioni del 2000, aveva individuato il momento gestionale, piuttosto, che quello della realizzazione dell'opera o della prestazione del servizio, quale fase peculiare dell'istituto della concessione, evidenziando che il diritto gestionale del concessionario presuppone «(...) il trasferimento della responsabilità della gestione»³⁴⁸, ovvero dell'alea contrattuale in modo che il prezzo eventualmente corrisposto in contropartita ai lavori effettuati o ai servizi prestati non determini la neutralizzazione di detto rischio legato alla gestione. La teoria tradizionale, lungamente accettata in dottrina e giurisprudenza, aveva sempre ravvisato nella traslatività della gestione e quindi del rischio all'operatore economico e nella trilateralità del rapporto concessorio i capisaldi di tale categoria giuridica³⁴⁹. La Corte di Giustizia ha manifestato negli anni un

³⁴⁷ Cfr. Commissione delle Comunità Europee, 30 aprile 2004, Libro Verde relativo ai Partenariati Pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, COM(2004)0327, punto 22; Commissione delle Comunità Europee, 15 novembre 2005, Comunicazione sui Partenariati Pubblico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, COM(2005)569, punto 3.1.

³⁴⁸ Cfr. Commissione delle Comunità Europee, 29 aprile 2000, Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario, 2000/C 121/02, punto 2.1.2.

³⁴⁹ Si veda F. De Leonardis, *Atti (e regole) dei soggetti concessionari*, in *Dir. amm.*, 2008, 569; F. Goisis, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessione di servizi e di lavori*, cit., 729 ss.; Id., *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Dir.*

orientamento consolidato in materia, ad avviso del quale «(...) per poter ritenere sussistente una concessione di servizi è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca il rischio di gestione che essa pone a carico completo o, almeno, significativo al concessionario»³⁵⁰, perché in caso contrario la fattispecie giuridica cui riferirsi sarebbe l'appalto pubblico con l'obbligo di attenersi alle procedure di aggiudicazione previste³⁵¹.

La giurisprudenza amministrativa di primo grado³⁵² era pervenuta ad una soluzione drastica, ritenendo affetti da nullità i contratti che non avessero assicurato un'effettiva ripartizione dei rischi. Ciò in quanto questi ultimi erano ritenuti in frode alla legge, profetizzando così *ex ante* quello che, con il nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni, è diventato un imperativo categorico ancorché necessario, ovvero la distribuzione dei rischi atta ad assicurare l'equilibrio economico del mercato del PPP e delle concessioni, senza che il soggetto privato sia nelle condizioni di sfruttare le asimmetrie che a vario titolo affliggono le amministrazioni concedenti. Più in generale la giurisprudenza

amm., 2015, 743 ss; R. Caranta, *I contratti pubblici*, Torino, 2012, 170 ss. In particolare F. Goisis, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessione di servizi e di lavori*, cit., 729 ss. ha sostenuto che «L'elemento della trilateralità della concessione, come contrapposta alla bilateralità dell'appalto, continua ad essere autorevolmente difeso in dottrina, in quanto, si osserva unico criterio capace di offrire elementi distintivi di un qualche solidità e comunque di risultare coerente con la tradizione giuridica di non pochi stati membri (tra cui l'Italia) in cui è ben nota e densa di conseguenze giuridiche la distinzione tra servizi pubblici e, rispettivamente, servizi offerti direttamente all'Amministrazione, sotto forma (dunque) di appalto di servizi». Sempre Goisis osserva che «Un altro carattere tradizionalmente attribuito alla concessione è la traslatività e specifica accrescibilità della sfera giuridica del destinatario», per concludere che «(...) la concessione sembra caratterizzarsi ancora (tra l'altro così distinguendosi dall'appalto) per un elemento qualificato di traslatività - accrescibilità». Tale visione tradizionale sono rimaste pressoché immutate in quanto godrebbero di crescente attualità se pure rivisitata in prospettiva economica-sostanziale secondo F. Goisis, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Dir. amm.*, 2015, 743 ss. per il quale «(...) emerge l'immagine di un diritto europeo che a parole si muove secondo prospettive puramente economiche (se non economicistiche): non conterebbero i caratteri (qualitativi) tradizionali dell'istituto concessorio, bensì un dato squisitamente quantitativo-economico, ossia il trasferimento del rischio operativo. (...) la nuova direttiva dichiara di far proprio un approccio economico-quantitativo per poi invece ripiegare su prospettive in gran parte tradizionali: gli sarà così forse più facile ricavare da un testo legislativo sotto vari profili ambiguo regole, a ben vedere, non così distanti da una tradizione giuridica che, evidentemente, ancora conserva on pochi elementi di persuasività e linearità (...)».

³⁵⁰ C. giust. UE, sez. III, 10 settembre 2009, C-206/08, *Eurawasser*, punto 77.

³⁵¹ C. giust. UE, sez. III, 13 novembre 2008, C-437/07, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana*.

³⁵² TAR Sardegna, 10 marzo 2011, n. 213 che ha dichiarato la nullità di un contratto di concessione in quanto osto in violazione dell'obbligo normativo di traslazione del rischio in capo al soggetto concessionario: «il contratto di concessione in esame si deve qualificare come contratto nullo per la illiceità della causa ai sensi dell'art. 1344 c.c. Ad avviso dei giudici amministrativi infatti «Il rischio assunto dal promotore o concessionario si valuta proprio intorno alla aleatorietà della domanda di prestazioni, poiché l'errore di valutazione del livello di domanda attendibile evidentemente condiziona la remuneratività dell'investimento e misura la validità imprenditoriale dell'iniziativa».

nazionale anche prima della direttiva concessioni del 2014, aveva assunto il rischio d'impresa quale criterio discriminante tra le concessioni e gli appalti, ma relegando le c.d. concessioni fredde ai margini dell'istituto concessorio, se non addirittura espungendole completamente dal novero stesso della categoria giuridica, come testimonia una pronuncia del Consiglio di Stato³⁵³, che ha qualificato come appalti le concessioni nelle quali l'onere del servizio viene addebitato sull'amministrazione concedente. Fino alla direttiva concessioni del 2014, al di là della mancanza di una definizione univoca di rischio, permaneva l'incertezza circa la quantificazione effettiva di tale rischio affinché esso potesse ritenersi trasferito sul soggetto concessionario.

La giurisprudenza amministrativa nazionale aveva prospettato uno scenario di possibile risoluzione della questione attinente il *quantum* di rischio necessario al fine di connotarla quale concessione, ritenendo sufficiente l'applicazione di un criterio meramente empirico, secondo il quale anche in presenza di un ridotto rischio d'impresa sussisteva piena compatibilità con la natura dell'istituto concessorio e parimenti anche la giurisprudenza europea non aveva saputo offrire opzioni risolutive, innanzi alla evidenza di una riduzione del rischio d'impresa medesimo in capo al concessionario³⁵⁴. L'ampiezza della nozione di rischio è emersa nelle pronunce dei giudici europei, i quali quasi anticipando alcuni profili della direttiva concessioni del 2014, asserivano che il rischio consiste «(...) nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio»³⁵⁵.

Per quanto attiene alla nozione di rischio è opportuno in questa sede richiamare un contributo che ha costituito, almeno fino all'avvento prima del SEC2010 e alla luce del mutato contesto introdotto dalla direttiva concessioni del 2014, la base di riferimento per il trattamento contabile nei bilanci pubblici delle

³⁵³ Cons. St., sez. VI, 4 settembre 2012, n. 682 per il quale «si ha concessione quando l'operatore si assume in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, mentre si ha appalto quando l'onere del servizio stesso viene a gravare sostanzialmente sull'Amministrazione»; Si veda anche nello stesso senso TAR Toscana, 29 novembre 2011, n. 1855; TAR Puglia, Bari, 19 novembre 2012, n. 1953 con nota di G. Taglianetti, *I limiti del contributo pubblico e il rischio di gestione nelle procedure di project financing*, in *Riv. giur. ed.*, n.1/2013, 168 ss.

³⁵⁴ Cons. St., Sez. V, 10 gennaio 2012, n. 39

³⁵⁵ C. giust. CE, 10 marzo 2011, C-274/09, *Stadler*

operazioni di PPP, ovvero la decisione Eurostat 11 febbraio 2004 (*Treatment of public-private partnership*). Quest'ultima indicava i criteri, individuando tre tipologie di rischi, ovvero il rischio di costruzione, il rischio di disponibilità ed il rischio di domanda, in base ai quali un'operazione di PPP poteva considerarsi a carico o meno del bilancio pubblico, nel caso in cui l'amministrazione pubblica fosse l'acquirente principale dei servizi (opere c.d. fredde), stabilendo che dette operazioni, possono essere iscritte fuori dai bilanci pubblici delle amministrazioni aggiudicatrici (*off balance*) solo qualora sussista e sia effettivo un trasferimento del rischio al privato. Affinché il trasferimento del rischio economico al privato, secondo Eurostat, sia effettivo «(...) esso deve essere significativo (ossia tale da mettere in discussione l'equilibrio economico della operazione). Esso, però, può consistere, alternativamente, nel rischio di disponibilità ovvero di domanda»³⁵⁶. Con riferimento ai contratti di concessione di lavori e di servizi a seguito dell'emanazione della direttiva 2014/23/UE le definizioni di Eurostat, relative al rischio di disponibilità e al rischio di domanda appaiono superate con le previsioni di cui al Considerando n. 20 e art. 5 comma 1, in quanto il rischio viene individuato in rapporto al mercato oggetto del contratto di concessione, composta da domanda ed offerta. Le definizioni di rischio sul lato della domanda e di quello sul lato dell'offerta dovrebbero annoverare anche i rischi di costruzione e di

³⁵⁶ Così F. Goisis, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessione di servizi e di lavori*, cit., 729 ss. che riprende i tre tipi di rischi che Eurostat individua quali criteri ai fini di stabilire se un'operazione di PPP è ascrivibile o meno ai bilanci pubblici delle amministrazioni aggiudicatrici «Si parla, in particolare di rischio di costruzione, cioè di quello relativo, nella fase di realizzazione dell'infrastruttura, per esempio ai ritardi nella consegna, ai costi addizionali, a *standard* inadeguati, a deficienze tecniche. Laddove il soggetto pubblico si impegna a corrispondere il prezzo indipendentemente dalla verifica dello stato di avanzamento effettivo della realizzazione dell'infrastruttura o ripiani ogni costo aggiuntivo emerso, quale ne sia la causa, vi è assunzione del rischio di costruzione da parte del soggetto pubblico (invece che in capo al *partner* privato). Si parla poi di rischio di disponibilità, ossia di quello relativo alla qualità e al volume dei servizi che il *partner* privato deve rendere durante la fase di utilizzazione dell'opera (in sostanza, questo rischio attiene alla eventuale scadente o insufficiente gestione dell'opera pubblica, con conseguente quantità e/o qualità del servizio inferiore ai livelli previsti nell'accordo contrattuale). Perché tale rischio possa ritenersi in capo al privato, occorre che il soggetto pubblico abbia il diritto di ridurre o bloccare i propri pagamenti, nel caso in cui i parametri prestabiliti di prestazione non vengano raggiunti. In sostanza, deve essere pattuita la riduzione dei pagamenti nel caso di prestazioni insufficienti con l'applicazione di opportune penali. Laddove invece siano previsti pagamenti costanti, canoni invariabili, ossia indipendenti dal volume e dalla qualità di servizi erogati, è il soggetto pubblico ad essersi in realtà assunto tale rischio. Infine, si parla di rischio di domanda. Esso riguarda i volumi di domanda del servizio che il *partner* privato finisce per soddisfare. In altri termini, la domanda di un servizio può variare indipendente dalla sua qualità. Solo laddove i pagamenti pubblici siano correlati all'effettiva quantità domandata per quel servizio dall'utenza, tale rischio è assunto dal privato. Al contrario, allorquando, ad esempio, l'Amministrazione incassa direttamente dagli utenti i proventi derivanti dall'utilizzo, assicurando al concessionario un canone di utilizzo non parametrato alla domanda degli utenti, oppure riconosca un (significativo) "minimo garantito" (c.d. *take-or-pay*) al concessionario, qui il rischio di domanda è in capo al pubblico».

disponibilità così come definiti dall'Eurostat in precedenza ma in un'accezione di portata più ampia³⁵⁷.

La disciplina codicistica in materia di appalti del 2006, aveva fissato definendo i contratti di PPP un'espressione apparentemente adeguata facendo riferimento alla necessaria «(...) allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni comunitarie vigenti»³⁵⁸, forse soprassedendo al fatto che fino all'emanazione della direttiva 2014/23/UE tali prescrizioni erano abbastanza caratterizzate da un profilo di vaghezza. Nella disciplina dedicata alle concessioni di opere, destinate all'utilizzo delle amministrazioni pubbliche, il legislatore delegato aveva disposto che tale operazione fosse permessa «(...) a condizione che resti a carico del concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera»³⁵⁹ e tale concetto veniva ribadito anche in materia di gestione delle operazioni mediante finanza di progetto³⁶⁰.

La direttiva concessioni 2014/23/UE dedica al tema del rischio numerose disposizioni tra cui le più significative sono innanzitutto i Considerando n. 18 e 20, segnatamente per quanto concerne la definizione di “rischio operativo”³⁶¹ che rappresenta il *proprium* intrinseco e specifico caratterizzante il nuovo *genus* di concessione elaborata in sede europea. Al Considerando n. 18 il rischio operativo di natura economica viene individuato nella «(...) possibilità per il concessionario di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore». Inoltre la

³⁵⁷ G. Fidone, *Il partenariato pubblico-privato: una fuga in avanti del legislatore nazionale*, in *Dir. econ.*, n. 2/2016, 387-388.

³⁵⁸ Cfr. Art. 3, comma 15-ter d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 5-ter. «Ai fini del presente codice, i «contratti di partenariato pubblico privato» sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti».

³⁵⁹ Cfr. art. 143 comma 9 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

³⁶⁰ Cfr. art. 153 comma 13 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

³⁶¹ Cfr. Considerando n. 20 direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014 «Un rischio operativo dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti. Rischi come quelli legati a una cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico o a cause di forza maggiore non sono determinanti ai fini della qualificazione come concessione, dal momento che rischi del genere sono insiti in ogni contratto, indipendentemente dal fatto che si tratti di un appalto pubblico o di una concessione. Il rischio operativo dovrebbe essere inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni del mercato, che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta ovvero contestualmente da un rischio sul lato della domanda e sul lato dell'offerta».

disciplina in materia di concessioni non sarebbe applicabile, qualora l'amministrazione aggiudicatrice, per sgravare il concessionario da una potenziale perdita garantisca al medesimo «(...) un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto». Pertanto alla luce di tale previsione gli accordi remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice rientrerebbero nel novero delle concessioni solo «(...) qualora il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda dall'effettiva domanda del servizio o del bene o dalla loro fornitura».

Il nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 sulla falsariga delle direttive europee del 2014 in materia di appalti pubblici e concessioni e nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, disciplina l'allocatione di rischi in capo all'operatore economico. Essa si declina nel trasferimento del rischio operativo³⁶² ovvero comprensivo di un rischio sia dal lato della domanda³⁶³ sia dal lato dell'offerta³⁶⁴ o di entrambi. Il nuovo Codice offre la nozione anche di un'altra tipologia di rischio, quello di costruzione³⁶⁵, già definito in passato dall'Eurostat nel 2004. Circa la bipartizione tra rischio di domanda e rischio di offerta, e in particolare sulla rilevanza di quest'ultima nozione, la dottrina si è interrogata

³⁶² Cfr. art. 3 comma 1, lett. zz) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 «(...) il rischio legato alla gestione dei lavori o dei servizi sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o di entrambi, trasferito all'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180. Si considera che l'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180 assuma il rischio operativo nel caso in cui, in condizioni operative normali, per tali intendendosi l'insussistenza di eventi non prevedibili non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione. La parte del rischio trasferita all'operatore economico nei casi di cui all'articolo 180 deve comportare una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile».

³⁶³ Cfr. art. 3 comma 1 lett. ccc) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 «(...) il rischio legato ai diversi volumi di domanda del servizio che il concessionario deve soddisfare, ovvero il rischio legato alla mancanza di utenza e quindi di flussi di cassa». Il rischio di domanda si configura quindi nella circostanza in cui la fruizione di quel servizio oggetto della gestione da parte del concessionario possa essere soggetta a modificazioni in termini di diminuzione a causa dell'insorgenza nel mercato di un'offerta competitiva da parte di altri operatori economici, ovvero per una perdita di attrattiva della gestione affidata al concessionario, oppure ancora da fattori del tutto esterni quali l'insorgenza di un calo dei consumi derivante da una crisi economica.

³⁶⁴ Cfr. art. 3 comma 1 lett. bbb) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 «(...) il rischio legato alla capacità da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti».

³⁶⁵ Cfr. art. 3 comma 1, lett. aaa) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 «(...) il rischio legato al ritardo nei tempi di consegna, al non rispetto degli standard di progetto, all'aumento dei costi, a inconvenienti di tipo tecnico nell'opera e al mancato completamento dell'opera».

lungamente non pervenendo, tuttavia, a conclusioni univoche³⁶⁶. L'ambito applicativo del rischio operativo, non si estende soltanto alle concessioni di lavori

³⁶⁶ Il rischio di offerta è stato interpretato in modo controverso da parte della dottrina, perché da una parte è stato ricondotto a rischio riferibile ad un tempo a quello di costruzione e/o a quello di disponibilità come ha sostenuto G. Fidone, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 101 ss. il quale ha sostenuto che «(...) il rischio dal lato dell'offerta di cui alla direttiva 2014/23/UE comprende i rischi di costruzione e di disponibilità già identificati da Eurostat e, tuttavia, è ancora più ampio, poiché contempla anche il rischio di offerta insufficiente a fare fronte alla domanda degli utenti nel caso di opere o servizi caldi. Se, dunque, il rischio di disponibilità era tipico delle opere servizi freddi, il rischio dal lato dell'offerta della nuova direttiva può riguardare anche opere e servizi caldi». La dottrina maggioritaria ha comunque asserito che il rischio di offerta si identifica sostanzialmente con quello di disponibilità come ha osservato M. Ricchi, *L'Architettura dei Contratti di Concessione e di Partenariato Pubblico Privato nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. 50/2016)*, cit., 813-814, per il quale «Quanto al rischio operativo dal lato dell'offerta, coincide con il rischio di disponibilità secondo la nomenclatura Eurostat e può riguardare (...) i contratti in cui i privati vengono «remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice», in altre parole il riferimento è alle concessioni «fredde» per la realizzazione di ospedali, strutture penitenziarie, uffici pubblici etc». Sempre M. Ricchi, *I contratti di concessione 2.€*, in G. F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2015, 59 posto che a suo avviso il rischio operativo dal lato dell'offerta coinciderebbe con il rischio di disponibilità, si domanda «perché la direttiva non l'abbia esplicitato almeno nei considerando (...)» osservando che «Il motivo di questa mancata ripresa di un evidente compromesso perché il termine "rischio di disponibilità era presente nella versione della Direttiva precedente alla sua pubblicazione sulla GUCE, potrebbe risiedere nell'intenzione di voler accedere ad una ricostruzione di rischio che vada oltre quella indicata per la contabilizzazione Eurostat degli investimenti in PPP». Anche G. F. Cartei, *Rischio operativo, equilibrio economico-finanziario e disciplina delle sopravvenienze*, in G. F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2015, 23 ss. che osserva riprendendo M. Ricchi, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2014, 746 come sul rischio di offerta «sembra mancare il supporto interpretativo della Corte di Giustizia (...)» e che in definitiva «(...) sembra plausibile ritenere che la formula "rischio sul lato dell'offerta" di cui all'art. 5 della direttiva sia riferibile in ultima analisi al rischio di disponibilità dell'opera a favore del committente ed alluda alla funzionalità/idoneità effettive ed attuali dell'opera medesima ad erogare i servizi secondo le modalità e gli standard di qualità pattuiti dalle parti nella convenzione». Non sono mancate voci critiche autorevoli in dottrina rispetto all'assimilazione della nozione di rischio di offerta a quello di disponibilità come quella di G. Greco, *La direttiva in materia di "concessioni"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1095 ss. ad avviso del quale «(...) il ventesimo considerando precisa altresì che detto rischio "dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti". Il che è facilmente conciliabile con il rischio della domanda, che dipende da comportamenti di soggetti terzi (fruitori del servizio), mentre è meno agevole da conciliare con il rischio sull'offerta, dato che l'offerta è resa dallo stesso concessionario. Sicché si deve ritenere che i rischi dell'offerta riguardino essenzialmente quelle componenti che sono al di fuori del controllo dell'operatore privato, come l'andamento dei costi (anche finanziari), che dipendono dalle oscillazioni del mercato e come tali sono estranei alla volontà e alla capacità delle parti. È dubbio dunque che possa aver rilievo, anche nell'ambito del rischio dell'offerta, il c.d. rischio di disponibilità, che pur era stato preso in considerazione in una importante decisione Eurostat del 2004 (16), oltre che da una determinazione della nostra AVCP del 2010 (17), come rischio tipico delle concessioni associate (ai servizi e) alle opere c.d. fredde. Infatti, poiché il rischio di disponibilità risulterebbe legato "alla capacità da parte del concessionario di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità" (18), si tratterebbe di rischio dipendente dal performance dello stesso concessionario (19), la cui rilevanza sembrerebbe esclusa dalla Direttiva, come si è esposto». Un'altra posizione critica è stata espressa anche da F. Goisis, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, cit., 743 ss. il quale riprendendo il dettato del Considerando n. 20 della direttiva 2014/23/UE in materia di rischio che risulta la fedele trasposizione di un orientamento giurisprudenziale manifestato nelle sentenze C. giust. UE, sez. II, 10 novembre 2011, C-348/10, *Norma-A SIA* e C. giust. UE, sez. VII, 10 maggio 2015, C-269/14, *Kansaneläkelaitos*, in base al

e di servizi bensì anche a tutte le operazioni di PPP richiamate all'art. 180 comma 8 del nuovo Codice. L'interesse precipuo del legislatore delegato, in tema di rischio operativo, non era quello di definire i limiti della portata applicativa della nozione medesima di rischio operativo, bensì evidenziarne le ipotesi di esclusione *ab origine*, in coerenza con quanto già aveva fatto notare il legislatore europeo nella direttiva 2014/24/UE asserendo al Considerando n. 19 che «Qualora la regolamentazione settoriale specifica elimini il rischio prevedendo una garanzia a favore del concessionario per il recupero degli investimenti e dei costi sostenuti per l'esecuzione del contratto, il contratto stesso non dovrebbe configurarsi come una concessione ai sensi della presente direttiva» anche se «il fatto che il rischio sia limitato sin dall'inizio non dovrebbe escludere che il contratto si configuri come concessione». In questo passaggio si evince che, nella prospettiva giuridica propria della direttiva europea la nozione di rischio operativo è di fatto connaturata alla definizione di contratto di concessione.³⁶⁷ Il trasferimento effettivo del rischio è stato oggetto, peraltro, di un intervento specifico attraverso apposite Linee Guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) nelle quali si ravvisa la necessità «sia per prevenire il contenzioso che per evitare un'allocazione solo formale dei rischi al privato, che i rischi connessi alla costruzione e gestione dell'opera o del servizio oggetto del contratto di PPP siano chiaramente identificati, valutati e posti in capo al soggetto più in grado di farsene carico, fermo restando che l'operatore economico ne dovrà sopportare la maggioranza».³⁶⁸ Le disposizioni europee di cui alla Decisione Eurostat dell'11 febbraio 2004, prevedono che si possa configurare un contratto di concessione se

quale il rischio di gestione dev'essere inteso come rischio di esposizione all'alea del mercato, quindi un rischio di imprevedibile fluttuazione del mercato nelle sue diverse accezioni, asserisce che «(...) stiamo confrontandoci con un rischio di mercato, non con un'incapacità di fornire un servizio di qualità-quantità adeguate (c.d. rischio di disponibilità)» e che «(...) pare indiscutibile che il rischio di offerta non sia altro che un diverso modo per indicare il rischio di domanda (...)». In conclusione Goisis osserva altresì che «(...) il rischio dell'offerta non possa essere assimilato all'idea di rischio di disponibilità, se non riformulando il relativo concetto sulla base di alcune essenziali precisazioni» per concludere che «(...) coglie nel segno chi ha proposto di interpretare il rischio di offerta come un criterio sostanzialmente subordinato rispetto a quello del rischio di domanda».

³⁶⁷ Così G. F. Cartei, *Rischio operativo, equilibrio economico-finanziario e disciplina delle sopravvenienze*, cit., 29.

³⁶⁸ Cfr. ANAC, Linee Guida, "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato", 3 ss. in www.anticorruzione.it, 01 febbraio 2017, in cui si osserva peraltro che «Nei contratti di PPP la parte del rischio trasferita all'operatore economico deve comportare, in altri termini, una reale esposizione alle fluttuazioni del mercato tale per cui ogni potenziale perdita subita dallo stesso non sia puramente nominale o trascurabile oppure all'incapacità di fornire, con continuità, l'opera alle condizioni previste nei documenti contrattuali, sopportando le perdite legate al mancato riconoscimento del canone».

il soggetto concessionario affronta il rischio di costruzione e almeno uno tra il rischio di domanda e quello di disponibilità. Nella disciplina interna tale normativa era stata recepita già nel vecchio Codice dei contratti pubblici con l'esplicito rinvio nella definizione di contratto di PPP alla corretta «(...) allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti»³⁶⁹. Tale richiamo era, tuttavia, ancora piuttosto generico, soprattutto in ragione del fatto che non veniva definito il rischio oggetto di trasferimento in capo al privato a livello quantitativo. La direttiva concessioni del 2014 ha colmato tale lacuna legislativa, introducendo una previsione chiara circa la nozione e la ripartizione di detto rischio, che all'art. 5 comma 1 viene ritenuto di natura economica e integrante la possibilità che non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per i lavori o i servizi oggetto della concessione. Il rischio oggetto di trasferimento in capo al concessionario deve rivestire una dimensione commisurata, all'interno delle clausole contrattuali, almeno al valore degli investimenti compiuti e ai costi di gestione. Un ausilio ai fini della stima di tale rischio è offerto dal Considerando n. 20 della direttiva concessioni secondo cui «ai fini della valutazione del rischio operativo, dovrebbe essere preso in considerazione in maniera coerente ed uniforme il valore attuale netto degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario»³⁷⁰.

Una volta ricostruito l'*iter* che ha condotto negli anni dalla nozione generale di rischio d'impresa a quella assunta più puntualmente nella declinazione di rischio operativo, offerta dalla direttiva concessioni del 2014 e poi nel nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni del 2016, è d'obbligo indagare in questa sede come tale rischio si traduce nelle discipline dedicate rispettivamente ai contratti di concessione e a quelli di PPP nel nuovo testo del Codice. Posto che nei contratti di concessione di lavori e di servizi come evidenzia l'art. 165 comma 1, la maggior parte dei ricavi gestionali deriva dalla vendita dei servizi al mercato,

³⁶⁹ Cfr. art. 2 comma 15-ter d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163

³⁷⁰ M. Ricchi, *I contratti di concessione* 2.€, cit., 61, il quale aggiunge altresì che «Occorre uscire dall'ambiguità del considerando optando per una interpretazione non contraddittoria con quanto espresso nell'art. 5 della Direttiva: la misurazione dei valori massimi potenziali di esposizione al rischio operativo va condotta mediante l'attualizzazione dei valori di investimento e separatamente dei costi gestionali come emergono dal PEF in cui sono indicati anche i ricavi gestionali. Non si deve accedere all'interpretazione che svilisce il valore potenziale del rischio assimilandolo al valore della concessione, calcolato mediante la differenza tra i ricavi attualizzati e costi d'investimento e quelli gestionali attualizzati: il saldo sarebbe poca cosa e non consentirebbe di svolgere efficacemente la funzione di deterrenza e di traslazione del rischio ma soprattutto, oscurerebbe il principio sancito dalla Direttiva "che non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione"».

il rischio che impatta normativamente sulla definizione del contratto di concessione è essenzialmente associato all'offerta di lavori o servizi oggetto del negozio giuridico, cioè l'ipotesi in cui l'offerta di questi non corrisponda alla domanda, e quindi si sarebbe in presenza del rischio dal lato della domanda. Riferire la sussistenza del rischio sul lato dell'offerta, diventa maggiormente complesso alla fattispecie del rapporto concessorio, perché il rischio operativo che si potrebbe configurare in tale ipotesi sarebbe tuttalpiù ascrivibile alle operazioni i cui proventi derivano dall'amministrazione concedente, in quanto rappresenta l'utente finale ed è relativa quindi un rischio di disponibilità, che concerne le ipotesi di contratto di PPP di cui all'art. 180 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50. Già nella vecchio Codice la rilevanza che assumeva il rischio operativo era fondamentale ai fini della conservazione dell'equilibrio economico-finanziario⁷¹ della gestione, come dimostra l'enunciato di cui all'art. 143 che richiamava la necessità di garantire tale equilibrio attraverso alcune puntuali misure, quali la fissazione di un prezzo in sede di gara, la cessione in proprietà o in diritto di godimento di beni immobili, la durata massima della concessione trentennale, la revisione dei dati economici e i presupposti fissati nella convenzione iniziale. Al comma 1 dell'art. 165 del nuovo Codice, è previsto che il rischio operativo debba riferirsi alla possibilità che in condizioni operative normali, le variazioni inerenti i costi e ricavi oggetto del contratto di concessione incidano sull'equilibrio economico-finanziario. Così viene resa maggiormente esplicita rispetto alla previgente disciplina, la relazione tra rischio operativo ed equilibrio economico-finanziario, che per espressa previsione costituisce il presupposto per la corretta allocazione dei rischi come prevede l'art. 165 comma 2.

Tale relazione, che costituisce l'elemento portante dei contratti di concessione e di quelli di PPP, viene formalizzata nel Piano Economico Finanziario (PEF) che rappresenta un documento essenziale ai fini della dimostrazione della convenienza a realizzare il progetto, dal punto di vista dei profitti attesi tenuto conto dei rischi che potrebbero occorrere, ovvero i casi che potrebbero determinare una perdita.

⁷¹ Cfr. art. 3 comma 1 lett. fff) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 «(...) la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento». Per convenienza economica s'intende l'attitudine del progetto a generare valore nell'arco del tempo di efficacia del contratto e di produrre un livello di redditività adeguato a remunerare il capitale investito. Per sostenibilità finanziaria s'intende, invece, la capacità del progetto di creare flussi di cassa in grado almeno di garantire il rimborso del finanziamento.

La giurisprudenza amministrativa, aveva da tempo valutato la strategicità del PEF, quale documento asseverante la validità dell'operazione dal punto di vista economico-finanziario. Ciò con riferimento soprattutto ma non esclusivamente alle operazioni di finanza di progetto³⁷², pervenendo a qualificare l'attività, demandata infatti all'amministrazione, diretta alla verifica in concreto della sostenibilità, coerenza e adeguatezza del PEF, nell'ambito del regime d'interesse pubblico³⁷³ e dunque prospettando l'inammissibilità per mancanza di idoneità alla finalità, quella dell'interesse pubblico, qualsiasi proposta, avanzata dal concessionario, che si fosse posta in violazione del principio di equilibrio economico-finanziario³⁷⁴. Il PEF è fondamentale anche ai fini della valutazione della c.d. bancabilità dell'investimento nelle operazioni concessorie e di PPP, ovvero la sostenibilità dal punto di vista finanziario. La c.d. bancabilità è stato un problema a lungo trascurato dal legislatore e neppure la direttiva concessioni del 2014 vi pone molta attenzione. Tale presupposto irrinunciabile per il finanziamento delle operazioni da parte degli istituti bancari è stato la causa principale per cui molte iniziative concessorie e di PPP che erano già state aggiudicate, in larga parte concessioni di lavori hanno subito un arresto nella fase esecutiva per impossibilità da parte del concessionario a reperire finanziamenti. Così il legislatore delegato già nel vecchio Codice dei contratti pubblici aveva disposto all'art. 143 comma 8-*bis* e 144 commi 3-*bis*, *ter* e *quater* prescrizioni con la finalità di favorire l'effettivo finanziamento dell'intervento concessorio e di trasferire l'effettivo rischio del mancato finanziamento sull'operatore economico concessionario. Il nuovo Codice che riprende in sostanza gli indirizzi normativi previgenti, all'art. 165 comma 3, definendo la c.d. bancabilità quale «reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito per le concessioni da affidarsi con la procedura ristretta» ne ribadisce l'assoluta centralità ai fini dell'investimento per la buona riuscita del contratto sia esso di concessione o di PPP. Ne riafferma, parimenti, la centralità anche per la effettiva possibilità di costruzione dell'opera o prestazione del servizio, apponendo la condizione della presentazione di idonea documentazione inerente il finanziamento dell'opera, alla sottoscrizione del contratto di concessione, anche se nulla si dice in merito alla

³⁷² Cons. St., Sez. V, 23 marzo 2009, n. 1741; Cons. St., Sez. V, 30 gennaio 2009, n. 4346.

³⁷³ Cons. St., Sez. IV, 16 giugno 2008, n. 2979; Cons. St., Sez. V, 15 settembre 2009, n. 5503.

³⁷⁴ Cons. St., Sez. V, 17 novembre 2006, n. 6727

qualificazione del requisito di tale idoneità. Anche la previsione, nel medesimo comma 3, di risoluzione *ipso iure* di detto contratto in mancanza dell'avvenuto perfezionamento del contratto di finanziamento si pone in coerenza sistemica con l'esigenza di fare luce sin da subito a proposito di un elemento costitutivo dell'equilibrio economico-finanziario dell'investimento da realizzare. Il conseguimento di quest'ultimo equilibrio è il tratto fondante anche, come accennato in precedenza, dei contratti di PPP come stabilisce l'art. 180 comma 6, in virtù del quale l'amministrazione può corrispondere un prezzo che può consistere in un contributo pubblico oppure nella cessione di beni immobili che hanno cessato di assolvere alla funzione d'interesse pubblico, e che può consistere altresì in un diritto di godimento su beni immobili a condizione che tali si pongano come strumentali all'opera da realizzare mediante concessione³⁷⁵. Sul prezzo da corrispondere da parte dell'amministrazione, il legislatore delegato ha esercitato fino in fondo il proprio *jus poenitendi*, atteso che, se è vero che da un lato il pagamento del prezzo contribuisce a mantenere l'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, è vero parimenti che occorre porre un limite a tale contribuzione perché si rischiava seriamente di snaturare vanificando l'essenza del PPP. Se inizialmente nella versione iniziale del nuovo Codice, il legislatore aveva fissato il limite massimo del contributo al trenta per cento del costo dell'investimento effettuato dall'operatore economico, nel d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, che detta integrazioni e correzioni al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il legislatore delegato ha deciso l'aumento di tale limite massimo innalzandolo fino al quarantanove per cento³⁷⁶. Tale ravvedimento certifica da parte del legislatore delegato una presa d'atto della realtà dei fatti nel mercato attuale del PPP e delle concessioni, ovvero la latitanza, favorita anche dalla crisi economica e finanziaria, di operatori economici privati disposti ad impiegare capitali destinati ad essere

³⁷⁵ Sul punto G. F. Cartei, *Il confronto di concessione di lavori e di servizi: novità e conferme a 10 anni dal Codice De Lise*, in *Urb. e app.*, 2016, 939 ss., ha mosso rilievi critici osservando a proposito della possibilità per l'amministrazione di corrispondere un contributo economico a favore dell'operatore economico privato concessionario che «La prassi applicativa presenta, accanto ad alcune luci, non poche ombre: il conferimento di un bene patrimoniale, infatti, facilita senza dubbio la possibilità del ricorso alla disciplina della concessione con il possibile inconveniente, tuttavia, che sia proprio la contribuzione pubblica, talora persino più della medesima redditività dell'infrastruttura, ad attrarre il capitale privato alla realizzazione di opere pubbliche. Con la conseguenza che lo spostamento dell'attenzione dalla redditività della gestione al valore degli apporti in conto capitale o in conto gestione rischia di determinare un regime contrattuale elusivo del paradigma concessorio perché focalizzato sull'acquisizione del bene patrimoniale a scapito del valore funzionale dell'opera e della qualità del servizio per i bisogni dell'utenza».

³⁷⁶ Cfr. art. 107 comma 1, d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56

convogliati in operazioni, siano essi di lavori o di servizi, che rivestano interesse pubblico. Innalzando il limite del contributo pubblico il legislatore delegato si è posto in controtendenza, da un lato rispetto ai criteri di ripartizione del rischio così come stabiliti in sede europea, e dall'altro rispetto alle esigenze di riduzione degli oneri di finanza pubblica, dando luogo inevitabilmente ad un incremento di costi per le concessioni a carico del bilancio pubblico, come ha opportunamente osservato il Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema di decreto legislativo c.d. correttivo del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni⁷⁷. Tale innalzamento del contributo pubblico, esprime altresì un *favor* legislativo per le operazioni di PPP e le concessioni c.d. tiepide o c.d. fredde, marginalizzando ancora di più quelle calde, e rendendo ancora più complicata così l'effettiva dimostrazione della convenienza del PPP, quale forma di intervento tendente a diminuire e financo ad azzerare l'esborso di capitale pubblico, in favore di quello privato, per la costruzione di opere pubbliche e l'erogazione di servizi pubblici. Ciò in quanto sono proprio le opere calde, o *self liquidating* (ad esempio impianti sportivi, opere idriche, opere di viabilità o trasporto, opere turistiche, opere energetiche, opere di smaltimento rifiuti) che prevedono tariffe corrisposte da parte dell'utenza quelle maggiormente confacenti al modello di PPP e giocoforza quelle *naturaliter* più attrattive per il privato, perché in quanto tariffabili sono in grado *ex se* di generare quei flussi di cassa tali da poter remunerare i capitali

⁷⁷ Cfr. Cons. St., Commissione Speciale, 22 marzo 2017, in www.giustizia-amministrativa.it, 111-112, «(...) La Commissione speciale non può non rilevare come la riduzione della percentuale al 30% sia stata introdotta nel testo vigente in virtù dei rilievi contenuti nel parere delle Commissioni parlamentari, nell'evidente intento di garantire una effettiva partecipazione al rischio da parte del concessionario privato, pur rimanendo impregiudicato il rispetto formale delle previsioni di quadro europeo e delle decisioni di Eurostat (...) In tale ottica, la Commissione speciale ritiene, in ogni caso, che l'innovazione introdotta sia in palese controtendenza con i criteri di ripartizione del rischio solo recentemente decisi nell'ottica della riduzione della compartecipazione pubblica (e quindi degli oneri a carico delle pubbliche casse) e pone, pertanto, come elemento condizionante del parere la rivalutazione dell'innovazione medesima. Dalla relazione tecnica e dalle AIR e VIR allegate, che non danno sufficientemente conto, mediante dati numerici, statistici e comparati, delle criticità applicative determinate dal tetto del 30%, si evince solamente, del resto, che l'innalzamento della quota di concorso della parte pubblica per alleviare il rischio assunto dal concessionario risponde alla richiesta degli operatori del settore, riducendosi, come è evidente, il margine di rischio del concessionario. Nella relazione tecnico-finanziaria si afferma che tale aumento di costo per la stazione appaltante non comporta un aumento di oneri per il bilancio pubblico, in quanto "la disposizione del codice prevede che il riconoscimento del prezzo sia eventuale e, comunque, nella determinazione del prezzo tesso stabilisce un tetto massimo e non un corrispettivo obbligatorio. La disposizione è ordinamentale e dunque non comporta nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica". La Commissione ritiene, al contrario, che non trattasi di disposizione meramente ordinamentale e che l'aumento dei costi per il bilancio pubblico non sia, al più, esattamente quantificabile e determinabile, visto che la previsione di un limite del 49% in luogo di quello del 30% comporterà inevitabilmente un tendenziale aumento dei costi delle concessioni per le pubbliche stazioni appaltanti.

privati investiti effettuati dal soggetto privato. Al contrario le c.d. opere fredde, nelle quali spicca in maniera vistosa la funzione sociale, si rivelano insuscettibili ad essere assoggettate a tariffazione, se non in misura esigua per rispondere alle esigenze degli utenti. Pertanto le c.d. opere fredde non sono attrattive per il privato, in quanto incapaci di generar flussi di cassa sufficienti a rimborsare gli investimenti effettuati. Infatti, in questi casi la remunerazione è rappresentata dal contributo pubblico (ad esempio al fine di costruire istituti scolastici, cimiteri, carceri, ospedali). A metà strada si collocano le c.d. opere tiepide, che sono in grado solo parzialmente di generare flussi di cassa in grado di remunerare gli investimenti effettuati dal privato (ad esempio i servizi di pulizia, mensa, manutenzione).³⁷⁸

La disciplina di cui all'art. 182 comma 3, concernente i fatti non riconducibili all'operatore economico, in grado di incidere sull'equilibrio del PEF, prevede che quest'ultimo possa essere soggetto a revisione mediante la rideterminazione delle condizioni che originavano l'equilibrio. Tale revisione, che deve comunque preservare il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico, può spingersi fino alla neutralizzazione degli effetti scaturenti dall'evento non imputabile al concessionario e che ha permesso di avviare la procedura di riequilibrio³⁷⁹. E' dunque fondamentale definire chiaramente quali siano gli eventi non imputabili all'operatore economico, che determinano l'insorgenza del diritto ad una revisione del PEF. La lettera del nuovo Codice, ha innovato la disciplina relativa all'attività di controllo e di monitoraggio svolta dall'amministrazione pubblica, circa l'esecuzione degli interventi e dell'attività dell'operatore economico. L'approntamento di un adeguato ed efficace sistema di monitoraggio è funzionale alla verifica della permanenza dei rischi trasferiti al privato, durante l'intero arco temporale di efficacia del contratto. Al fine di garantire l'allocazione corretta ed ottimale dei rischi il novo Codice all'art. 181 comma 4 dispone che

³⁷⁸ Così R. Di Pace, *Il partenariato pubblico privato nel diritto amministrativo in trasformazione*, in N. Longobardi (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione*, Torino, 2016, 49.

³⁷⁹ Cfr. art. 182 comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 «Ai fini della tutela della finanza pubblica strettamente connessa al mantenimento della predetta allocazione dei rischi, nei casi di opere di interesse statale ovvero finanziate con contributo a carico dello Stato, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l'attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS). Negli altri casi, è facoltà dell'amministrazione aggiudicatrice sottoporre la revisione alla previa valutazione del NARS. In caso di mancato accordo sul riequilibrio del piano economico finanziario, le parti possono recedere dal contratto. All'operatore economico sono rimborsati gli importi di cui all'articolo 176, comma 4, lettere a) e b) ad esclusione degli oneri derivanti dallo scioglimento anticipato dei contratti di copertura del rischio di fluttuazione del tasso di interesse».

l'amministrazione «(...) esercita il controllo sull'attività dell'operatore economico attraverso la predisposizione ed applicazione di sistemi di monitoraggio, secondo modalità definite da Linee Guida adottate dall'ANAC, sentito il Ministero dell'economia e delle finanze, entro novanta giorni dall'entrata in vigore del presente codice, verificando in particolare la permanenza in capo all'operatore economico dei rischi trasferiti. L'operatore economico è tenuto a collaborare ed alimentare attivamente tali sistemi»³⁰⁰. La valutazione della corretta allocazione dei rischi avviene mediante lo strumento della “matrice dei rischi”³⁰¹, un documento essenziale previsto dalle Linee Guida ANAC sul “Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato”, sul cui valore giuridico si è espresso il Consiglio di Stato³⁰² in sede di parere, che consente di verificare se l'ottimale allocazione debba essere in capo all'amministrazione o all'operatore economico o se occorra optare per altre forme di gestione. Tale documento ad avviso di ANAC dovrebbe essere allegato obbligatoriamente al contratto³⁰³ mentre finora la sua presenza era

³⁰⁰ L'ultimo periodo di tale norma ad avviso di V. Bonfanti, *Il partenariato pubblico privato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2016, 15 «(...) sarebbe di problematica applicazione in considerazione dei differenti interessi che muovono le azioni e le decisioni del partner privato rispetto a quelle della p.a.»

³⁰¹ Cfr. ANAC, Linee Guida “Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato”, 6, in www.anticorruzione.it, 01 febbraio 2017, secondo cui «Al fine della costruzione della matrice dei rischi, si devono considerare i seguenti aspetti: a) identificazione del rischio, ovvero l'individuazione di tutti quegli elementi che potrebbero costituire un rischio nella fase di progettazione, di costruzione dell'infrastruttura o di gestione del servizio; b) risk assessment, ovvero la valutazione della probabilità del verificarsi di un evento associato ad un rischio (se non si riesce a indicare un valore preciso si possono utilizzare indicazioni tipo minima, bassa e dei costi che ne possono derivare. È importante definire anche il momento in cui l'evento negativo si potrebbe verificare e valutarne gli effetti); c) risk management, individuazione dei meccanismi che permettono di minimizzare gli effetti derivanti da un evento; d) allocazione del rischio al soggetto pubblico e/o privato; e) corrispondenza tra rischio e trattamento dello stesso all'interno del contratto di PPP, effettuata mediante l'individuazione dell'articolo che disciplina lo stesso».

³⁰² Cfr. Cons. St., Commissione Speciale, 22 febbraio 2017, in www.giustizia-amministrativa.it, 9 ss. che ha fornito alcune delucidazioni importanti in merito alla vincolatività delle Linee guida. In particolare, i giudici di Palazzo Spada hanno chiarito che le Linee guida in esame, dal punto di vista giuridico, hanno in realtà una duplice natura. Sono non vincolanti quanto al contenuto della parte prima e invece vincolanti quanto alla parte seconda: ciò in conseguenza della stessa previsione normativa che assegna direttamente natura vincolante alle linee guida ANAC, espressamente richiamandole solo per quanto riguarda la predisposizione e l'applicazione di sistemi di monitoraggio per il controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice sull'attività dell'operatore economico. In effetti la prima parte, come evidenziato dalla stessa ANAC, contiene sostanzialmente delle indicazioni, come tali non vincolanti, per consentire alle amministrazioni aggiudicatrici la identificazione e la valutazione dei rischi connessi alla valutazione e alla gestione dell'opera, anche al fine di adottare le misure idonee a ridurre gli effetti negativi di tali vizi.

³⁰³ L'ANAC consiglia di utilizzare tale strumento «a monte dell'indizione della procedura di gara, per verificare la convenienza del ricorso al PPP rispetto ad un appalto tradizionale» e «a valle dell'operazione, dal momento che - essendo in essa rappresentata la ripartizione dei rischi tra le parti, così come definitivamente fissata nei documenti contrattuali - consente un agevole controllo sul mantenimento in capo al privato dei rischi allo stesso trasferiti».

rimessa alla discrezionalità delle parti contrattuali del rapporto concessorio. L'esigenza della "matrice dei rischi" è giustificata anche in ragione di quanto prevede l'art. 181 comma 2 del nuovo Codice in base al quale «salva l'ipotesi in cui l'affidamento abbia ad oggetto anche l'attività di progettazione, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono all'affidamento dei contratti ponendo a base di gara il progetto definitivo e uno schema di contratto e di piano economico finanziario, che disciplinino l'allocazione dei rischi tra amministrazione aggiudicatrice e operatore economico». Attraverso tale documento l'amministrazione è in grado di effettuare controlli sulle principali clausole contrattuali ed è utilizzabile anche al fine di verificare la permanenza della corretta allocazione dei rischi in capo al soggetto privato. Il trasferimento del rischio operativo all'operatore economico determina secondo ANAC l'impiego di clausole contrattuali *Service Level Agreement* (SLA), sistema di penali, decurtazione del canone. E' fondamentale, tuttavia, che a tali clausole sia data tempestiva e puntuale applicazione e dunque che vengano condotte correttamente le funzioni di direzione e di controllo tecnico, contabile e amministrativo dell'esecuzione del contratto. Una corretta analisi dei rischi genera, infatti, nelle amministrazioni pubbliche una più informata consapevolezza delle possibili criticità che potrebbero emergere nel corso dell'operazione, contribuendo a rafforzare le prerogative contrattuali del soggetto pubblico nei confronti dell'operatore economico privato³⁸⁴.

2.4. La finanza di progetto nell'ordinamento interno dopo le direttive UE ed il d.lgs n. 50/2016.

Tra le forme di PPP quella più emblematica ma al contempo forse più complessa è sicuramente quella della finanza di progetto³⁸⁵. Tale consiste, infatti,

³⁸⁴ È significativa anche la parte delle Linee Guida ANAC che disciplina «i fatti non riconducibili all'operatore economico» che possono avere quale conseguenza il non equilibrio del piano economico-finanziario, sui quali il Codice nulla aveva disposto. Sul versante del monitoraggio l'Autorità definisce i contenuti minimi dell'offerta di gara e parimenti i contenuti minimi dei contratti di PPP. Si impone alle amministrazioni l'obbligo di «definire i dati, che non siano già in possesso delle stesse, relativi all'andamento della gestione dei lavori e dei servizi che l'operatore economico è tenuto a trasmettere con cadenza prefissata nel bando di gara tenendo conto del valore, complessità e durata del contratto». Infine, viene previsto anche un periodico resoconto economico-gestionale sull'esecuzione del contratto.

³⁸⁵ La bibliografia in tema di finanza di progetto è amplissima, si veda tra tutti P. K. Newitt, *Il project financing*, Bari, 1998; S. Amoroso, R. Sciuto, *La disciplina del project financing nella nuova legge sugli appalti (n. 415 del 1998): la concessione di costruzione e gestione ed il*

«nell'affidamento a un'impresa privata (in genere una società, costituita *ad hoc*, c.d. società di progetto) di un contratto "globale", comprendente la progettazione, il finanziamento, la costruzione, la gestione e la manutenzione dell'opera (c.d. *bundling*); impresa privata che viene remunerata attraverso pagamenti periodici effettuati, per tutta la durata del contratto, dall'Amministrazione, da altri soggetti privati che utilizzano e/o si servono dell'infrastruttura oppure da una combinazione di entrambe le soluzioni»³⁶. Ovviamente, tale operazione è qualificabile all'interno dello schema giuridico del *project financing* e comunque più in generale quale fattispecie annoverabile nell'ambito del PPP, soltanto qualora si verifichi l'effettivo trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore economico per quanto attiene alla fase di realizzazione e successiva gestione dell'opera. A fronte di tale definizione, è intuibile comprendere che la finanza di progetto non è un contratto, anche se stando alla lettera del nuovo

promotore, in *Riv. giur. ed.*, 1999, 61 ss.; P. Carriere, *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1999; F. Amatucci, *Il project finance come strumento di partnership tra enti pubblici ed imprese private*, in R. Della Longa, E. Pintus (a cura di), *I lavori pubblici e la riforma*, Milano, 2000; M. Baldi, G. De Marzo, *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, 2001; N. Lugaresi, *Concessione di costruzione e gestione e project financing: problemi applicativi nella scelta del promotore e del concessionario*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 647 ss.; F. Fracchia, *Finanza di progetto: i profili di diritto amministrativo*, in G.F. Ferrari, F. Fracchia (a cura di), *Project financing e opere pubbliche. Problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*, Milano 2004, 57 ss.; A. Vignudelli, *La disciplina della finanza di progetto dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2005, 487 ss.; F. Merusi, *Variazioni pubblicistiche sulla finanza di progetto*, in *Riv. trim. app.*, 2001; G. Fidone, *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, Roma, 2006; R. Di Pace, *La finanza di progetto*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione. Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, E. Gabrielli, Torino, 2007; C. Malinconico, *Il project financing*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici. Le tipologie contrattuali*, vol. IV., Milano, 2008, 2610 ss.; G.F. Cartei, *La finanza di progetto: modello e varianti*, in M.P. Chiti (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni. Finanza di progetto. Società miste, Fondazioni*, Napoli, 2009, 59 ss.; G. Manfredi, *La finanza di progetto dopo il D.Lgs. n. 152/2008*, in *Dir. amm.*, 2009, 429 ss.; G. Fidone, B. Raganelli, *Il partenariato pubblico-privato e la finanza di progetto*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010, 737 ss.; G.F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, Napoli, 2010; N. Lugaresi, *Concessione di lavori pubblici e finanza di progetto*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alla recenti riforme*, Torino, 2011, 541 ss.; F. Caringella, M. Giustiniani, *Manuale dei contratti pubblici*, Roma, 2015, 1208 ss.; M. Nicolai, W. Tortorella (a cura di), *Partenariato Pubblico Privato e Project Finance. Come uscire dalla crisi*, Rimini, 2015; M. Protto, L. Mazzeo, *Project financing e infrastrutture strategiche: aspetti di criticità dell'attuale sistema e loro (possibile) superamento alla luce della direttiva 2014/23/UE*, in G.F. Cartei e M. Ricchi (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato*, Napoli, 2015, 135 ss. G. Santi, *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione. Il contraente generale*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017, 193 ss.; C. Guccione, *Partenariato pubblico privato e contraente generale*, in C. Contessa, D. Crocco (a cura di), *Codice degli appalti e delle concessioni. Il Dlgs 50/2016 commentato articolo per articolo*, Roma, 2017, 691 ss.; F. Caringella, M. Protto, *Articolo 183 Finanza di progetto*, in *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Roma, 2017, 757 ss.; P. Giammaria, *Art. 183 Finanza di progetto*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, t. II, Roma, 2017, 2623 ss.

³⁶ Così M. Protto, L. Mazzeo, *Project financing e infrastrutture strategiche: aspetti di criticità dell'attuale sistema e loro (possibile) superamento alla luce della direttiva 2014/23/UE*, cit., 141.

Codice di cui all'art. 180 ultimo comma essa viene, forse in modo fuorviante, annoverata quale tipologia contrattuale propria del PPP. Ciò è confermato anche dalla previsione di cui all'art. 183 del nuovo Codice rubricata "Finanza di progetto" dalla quale si evince facilmente che tale modello non individua una fattispecie contrattuale in senso proprio e nemmeno una procedura di aggiudicazione specifica, bensì una modalità di realizzazione delle opere pubbliche o di erogazione di servizi pubblici, a cui possono ricorrere, in alternativa alle concessioni tradizionali di cui alla parte III del Codice, le amministrazioni aggiudicatrici. Il nuovo Codice disciplina unitariamente la finanza di progetto, sia per i lavori sia per i servizi, nell'art. 183. Tale articolo fa riferimento esclusivamente alla realizzazione dei lavori pubblici; tuttavia, alla luce dell'art. 179, comma 3, del medesimo Codice, che sancisce l'applicazione della disciplina dettata per i lavori nell'ambito dei contratti di partenariato pubblico privato, in quanto compatibile, anche ai servizi, pare indubbio che l'art. 183 si applichi sia alle concessioni di servizi sia a quelle di lavori³⁸⁷.

L'intervento operato attraverso il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 da parte del legislatore delegato sulla finanza di progetto³⁸⁸, che aveva già subito profondi cambiamenti a seguito dell'emanazione del c.d. terzo decreto correttivo, il d.lgs. n. 152/2008³⁸⁹, è stato dettato dall'esigenza di semplificazione. Fin dal suo concepimento, dal punto di vista pratico, la finanza di progetto è stata concepita quale forma di concessione di costruzione e gestione con promotore, seppure dotata di particolarità, che si sostanzia in diversi moduli procedurali e negoziali in cui risalta un maggiore coinvolgimento del privato³⁹⁰. Due sono i modelli procedimentali: uno per l'affidamento dei contratti di concessione di lavori pubblici, l'altro per l'affidamento di tutti gli altri contratti di PPP. La finanza di

³⁸⁷ Cfr. C. Guccione, *Partenariato pubblico privato e contraente generale*, in C. Contessa, D. Crocco (a cura di), *Codice degli appalti e delle concessioni. Il Dlgs 50/2016 commentato articolo per articolo*, Roma, 2017, 692.

³⁸⁸ La disciplina della finanza di progetto è stata introdotta per la prima volta con la l. 11 novembre 1998, n. 415 (*Legge Merloni-ter*), che andava ad integrare gli art. da 37-bis a 37-nonies della l. 11 febbraio 1994, n. 109 (*Legge Merloni*). A seguito di ulteriori interventi normativi il d.lgs 12 aprile 2006, n. 163 aveva recepito tale disciplina lasciandola sostanzialmente inalterata. A tale provvedimento si sono succeduti tre decreti correttivi quali il d.lgs 16 gennaio 2007, n. 6, il d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113 ed infine il d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152 ai quali si devono aggiungere anche tre ulteriori decreti d.l. 13 maggio 2011, n. 70 e d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 e d.l. 21 giugno 2013, n. 98 (*Decreto Fare*).

³⁸⁹ Sul c.d. terzo decreto correttivo v. M. Ricchi, *La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo decreto correttivo*, in *Urb. e app.*, 2008, 1375 ss; R. De Nictolis, *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2008, 1225 ss; G. Manfredi, *La finanza di progetto dopo il D.Lgs. n. 152/2008*, in *Dir. amm.*, 2009, 429 ss.

³⁹⁰ Così F. Caringella, M. Giustiniani, *Manuale dei contratti pubblici*, Roma, 2015, 1209.

progetto, così come emerge dalla disciplina codicistica, si presenta pertanto quale fattispecie a formazione progressiva, il cui obiettivo finale, ovvero l'aggiudicazione della concessione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è interdipendente dalla fase prodromica di individuazione del soggetto promotore³⁹¹.

Con riferimento alle tipologie di contratto che possono essere oggetto di affidamento mediante finanza di progetto, la nuova disciplina contiene alcune ambiguità. Secondo un'interpretazione letterale dell'art. 183, comma 1, in base al quale è possibile avvalersi della finanza di progetto per l'affidamento di una concessione in alternativa all'affidamento previsto mediante concessione ai sensi della Parte III (art. 164 ss.), che include solo lavori o servizi c.d. caldi, sarebbe escluso il ricorso alla finanza di progetto per l'affidamento di lavori o servizi c.d. freddi. Tuttavia, tale assunto sarebbe in contrasto con la *ratio legis* fondante la finanza di progetto e con l'evoluzione giurisprudenziale e normativa, la quale, confermando l'impostazione previgente, ha da ultimo esteso l'applicazione della finanza di progetto ad iniziativa privata a tutti i contratti di PPP, ove i ricavi di gestione dell'operatore economico provengono, di regola, dal canone riconosciuto dall'ente concedente e, quindi, hanno ad oggetto la realizzazione di "opere fredde"³⁹².

Quanto alle procedure, l'intervento del legislatore sulla finanza di progetto³⁹³, che aveva già subito profondi cambiamenti a seguito dell'emanazione del d.lgs. n. 152/2008 (c.d. terzo decreto correttivo)³⁹⁴, è stato dettato come ricordato dall'esigenza di semplificare e ridurre le procedure. Due sono i modelli

³⁹¹ Cfr. Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2013, n. 1315, e Cons. St., Sez V, 14 aprile 2015, n. 1872, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁹² Cfr. C. Guccione, *op. ult. cit.*, 696.

³⁹³ La disciplina della finanza di progetto è stata introdotta per la prima volta con la l. 11 novembre 1998, n. 415 (*Legge Merloni-ter*), che andava ad integrare gli art. 37-*bis* e 37-*nonies* della l. 11 febbraio 1994, n. 109 (*Legge Merloni*). A seguito di ulteriori interventi normativi il d.lgs 12 aprile 2006, n. 163 aveva recepito tale disciplina. A tale provvedimento sono succeduti tre decreti correttivi quali il d.lgs 16 gennaio 2007, n. 6, il d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113 ed infine il d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152 ai quali si devono aggiungere anche tre ulteriori decreti d.l. 13 maggio 2011, n. 70 e d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 e d.l. 21 giugno 2013, n. 98 (*Decreto Fare*).

³⁹⁴ Sul c.d. terzo decreto correttivo v. M. Ricchi, *La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo decreto correttivo*, in *Urb. e app.*, 2008, 1375 ss; R. De Nictolis, *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2008, 1225 ss; G. Manfredi, *La finanza di progetto dopo il D.Lgs. n. 152/2008*, in *Dir. amm.*, 2009, 429 ss.

procedimentali: uno per l'affidamento dei contratti di concessione di lavori pubblici³⁹⁵, l'altro per l'affidamento di tutti gli altri contratti di PPP³⁹⁶.

I commi 1-14 dell'art. 183 disciplinano la finanza di progetto ad iniziativa pubblica. Essa presuppone al comma 1 che l'opera da realizzare abbia ad oggetto la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, inseriti negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente. Essa è articolata in una duplice fase: la prima relativa alla scelta del soggetto promotore, caratterizzata da un'ampia discrezionalità riservata all'amministrazione pubblica nella predisposizione della proposta (*rectius* progetto di fattibilità) che compete alla stazione appaltante, mentre nella disciplina previgente quest'ultima si limitava soltanto ad effettuare lo studio di fattibilità, demandando la progettazione, compresa quella preliminare, al soggetto promotore privato. È prevista la pubblicazione del bando di gara³⁹⁷ finalizzato alla presentazione delle offerte, che devono prevedere l'impiego totale o parziale di risorse a carico del soggetto proponente. Il progetto di fattibilità, e non più il semplice studio di fattibilità, viene quindi posto a base di gara. La seconda fase è invece scandita dall'eventuale richiesta, al promotore selezionato, di modifiche intervenute in fase di approvazione, con conseguente aggiudicazione della concessione soltanto in caso di accettazione da parte dello stesso. Qualora, infatti, il promotore opponesse rifiuto alle modifiche proposte, l'amministrazione potrà rivolgersi ai concorrenti successivi in graduatoria.

³⁹⁵ L'art. 183 che disciplina i differenti moduli procedurali di finanza di progetto in materia di lavori pubblici, risulta applicabile in quanto compatibile, ai sensi dell'art. 179 comma 3 del d.lgs. n. 50/2016, anche ai contratti aventi ad oggetto prestazioni e/o erogazioni di servizi.

³⁹⁶ E non più soltanto della concessione della locazione finanziaria, come risulta all'art. 183 comma 16, così come modificato da ultimo dal c.d. decreto correttivo D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

Così G. Santi, *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione. Il contraente generale*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017, 193. Il c.d. decreto correttivo di cui al d.lgs. n. 56/2017 ha apportato due modifiche: la prima riguarda il comma 4, che nella versione precedente attribuiva alle amministrazioni aggiudicatrici il potere di valutare le offerte pervenute sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa con la precisazione resa nota al successivo comma 5 concernente la necessità di esaminare le proposte con riguardo «agli aspetti relativi alla qualità del progetto definitivo presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione». La modifica apportata dalla novella del 2017 ha ridotto la discrezionalità dell'amministrazione aggiudicatrice prevedendo che la valutazione delle offerte debba avvenire sempre sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ma sulla base del miglior rapporto qualità-prezzo.

³⁹⁷ Il bando di gara deve recare alcuni contenuti specifici previsti già nella disciplina previgente che vengono riproposti dai commi da 3 a 7 all'art. 183, al fine di garantire il principio di concorrenza e di parità di trattamento tra tutti i soggetti partecipanti alla procedura ad evidenza pubblica.

I commi 15-20 dell'art. 183, disciplinano invece l'altra modalità di attivazione della finanza di progetto ad iniziativa privata, in cui parte della dottrina³⁹⁸ ha visto un chiaro esempio di attuazione pratica del principio di sussidiarietà orizzontale quale occasione di protagonismo avanzato dei soggetti privati nell'elaborazione delle politiche pubbliche. Tale procedura prevede la presentazione di una proposta, in ordine alla realizzazione attraverso la concessione di lavori pubblici o di pubblica utilità (o in alternativa con riferimento a tutti i contratti di partenariato), non previsti negli strumenti di programmazione, da parte del proponente privato all'amministrazione pubblica, che deve valutarne la fattibilità perentoriamente entro tre mesi. Tale proposta deve contenere un progetto di fattibilità, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da istituti di credito o società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso, o ancora società di revisione, e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. La proposta formulata dal soggetto proponente, se viene valutata positivamente dall'amministrazione aggiudicatrice³⁹⁹, che ha la facoltà di invitare il soggetto proponente ad apportare le modifiche necessarie ai fini dell'approvazione, viene inserita negli strumenti di programmazione e quindi posta a base di gara ad evidenza pubblica ai fini dell'aggiudicazione alla quale viene invitato il proponente⁴⁰⁰. Nel bando l'amministrazione può formulare la

³⁹⁸ Si veda a tale proposito R. Di Pace, *Il partenariato pubblico privato nel diritto amministrativo in trasformazione*, cit., 45-46 secondo cui in base alla previsione di cui al comma 15 dell'art. 183 del d.lgs. n. 50/2016 «(...) il soggetto privato può intervenire nella fase di programmazione delle opere pubbliche suggerendo gli interventi e le opere da inserire nel programma triennale (...). In questo modo, il privato diviene uno dei soggetti decisionali della politica infrastrutturale e, di conseguenza, partecipa alla definizione degli obiettivi della pubblica amministrazione rivolti ai cittadini. Infatti, il programma triennale delle opere pubbliche non si deve considerare attività meramente interna (...) ma è attività fondamentale di individuazione degli obiettivi concreti da raggiungere da parte degli organi di governo dell'ente pubblico, cui corrisponde la facoltà di verifica dei cittadini, singoli o associati, della congruità delle scelte effettuate».

³⁹⁹ Circa l'attività compiuta dall'amministrazione nella valutazione della fattibilità della proposta da concludersi perentoriamente entro tre mesi, si veda la giurisprudenza amministrativa (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, 11 maggio 2017, n. 5702) che da ultimo ha chiarito che l'attività medesima «non richiede più, con espressione se non generica, quantomeno astratta, una valutazione in termini di pubblico interesse della proposta di partenariato, ma qualifica in modo più specifico l'attività di cui è investita l'Amministrazione, richiedendosi un accertamento non tanto o non solo limitato alla rilevanza pubblicistica dell'iniziativa, che certamente pure deve sussistere, ma, penetrando sin da subito il dettaglio tecnico ed economico in cui è declinato il progetto, al fine di rilevarne la sua piena appetibilità per il mercato settoriale e, in definitiva, la sua realizzabilità, non solo in astratto, ma in concreto».

⁴⁰⁰ Su tale punto la giurisprudenza amministrativa (Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 8 settembre 2015, n. 11098; Cons. St., sez. V, 26 giugno 2015, n. 3237; sez. V, 21 giugno 2016, n. 2719) in prevalenza ha espresso un tendente a ritenere la nomina a promotore non attributiva al soggetto interessato di una posizione giuridica definitiva, potendo l'amministrazione aggiudicatrice dare avvio o meno alla procedura di affidamento della concessione, o non dare corso alle proposte ricevute che pure siano state dichiarate di pubblico interesse, per cui non si configurerebbe alcun diritto all'indennizzo nel caso di revoca della dichiarazione di pubblico interesse.

richiesta ai soggetti concorrenti (compreso il proponente) ai fini della presentazione di eventuali varianti al progetto. Se il soggetto proponente non risulta aggiudicatario ad esito della procedura è abilitato ad esercitare il diritto di prelazione, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione, e diviene egli stesso aggiudicatario obbligandosi alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se però il proponente decide di non avvalersi della prelazione, allora vanta il diritto al pagamento, da corrispondere a spese dell'aggiudicatario, consistente nell'importo delle spese finalizzate alla predisposizione della proposta presentata all'amministrazione secondo i limiti di cui al comma 9⁴⁰¹.

Il legislatore delegato scegliendo di operare una semplificazione delle modalità di attivazione della finanza di progetto (che nella disciplina previgente erano quattro⁴⁰²) ne ha previste soltanto due, sostanzialmente coincidenti con quelle già contemplate dal d.lgs. n. 163/2006 all'art. 153, commi 1-14 (procedura c.d. a gara unica) e comma 19 (iniziativa privata per opere fuori programmazione), mentre sono state espunte le procedure più complesse contenute nel testo previgente⁴⁰³.

L'art. 181 comma 4, demanda all'amministrazione aggiudicatrice il controllo sull'attività dell'operatore, mediante la predisposizione di sistemi di monitoraggio, sulla base di quanto stabilito dalle Linee Guida ANAC⁴⁰⁴, verificando la permanenza del trasferimento del rischio in capo al medesimo. In tali linee guida viene messo in rilievo lo strumento atto a definire e ripartire i

⁴⁰¹ Cfr. art. 183 comma 9 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 «L'importo complessivo delle spese (...) non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara».

⁴⁰² Il riferimento è alla disciplina dettata all'art. 153 d.lgs. n. 163/2006, ora abrogata, che prevedeva l'attivazione della finanza di progetto su iniziativa delle amministrazioni aggiudicatrici, per lavori inclusi nella programmazione, nella versione ad uno (comma 1-14) e due bandi di gara (comma 15). Al 16 e 19 erano previste, invece, le procedure ad iniziativa privata rispettivamente nell'inerzia dell'amministrazione aggiudicatrice per opere incluse nella programmazione e per le opere non incluse nella medesima.

⁴⁰³ Cfr. Comm spec. Cons. St., 1 aprile 2016, n. 855, rimasto tuttavia inascoltato dal legislatore su questo specifico punto, secondo cui «sembra tuttavia non condivisibile la mancata riproposizione del presupposto di utilizzo della finanza di progetto (ossia l'inerzia nella pubblicazione di bandi inerenti lavori già compresi negli strumenti di programmazione), laddove viene riprodotto invece l'ulteriore presupposto di utilizzo (per opere non comprese negli strumenti di programmazione). Se la finanza di progetto è uno strumento di apporto collaborativo dei privati, sembra da consentire in entrambe tali ipotesi: non inserimento dell'opera negli strumenti di programmazione; inerzia della p.a. nella pubblicazione dei bandi relativi a opere già inserite negli strumenti di programmazione. Tanto in ossequio al criterio di delega che chiede la valorizzazione degli strumenti di partenariato pubblico-privato. Si potrebbe recuperare la previsione omessa (limitatamente al presupposto dell'inerzia della p.a.), con opportune modifiche al comma 15 dell'art. 183».

diversi tipi di rischi, denominato “matrice dei rischi”, che dev’essere obbligatoriamente elaborato e quindi allegato al contratto⁴⁰⁵. Una corretta analisi dei rischi genera, infatti, nelle amministrazioni pubbliche una più informata consapevolezza delle possibili criticità che potrebbero emergere nel corso dell’operazione, contribuendo a rafforzare le prerogative contrattuali del soggetto pubblico nei confronti dell’operatore economico privato⁴⁰⁶.

L’art. 182 prevede che, nella finanza di progetto, sia il contratto a dover disciplinare la remunerazione del capitale investito e definire i «rischi trasferiti, le modalità di monitoraggio delle loro permanenza entro il ciclo di vita del rapporto contrattuale e le conseguenze derivanti dalla anticipata estinzione del contratto». All’interno della stessa disposizione viene anche prevista la revisione dell’equilibrio relativo al Piano Economico Finanziario (PEF), subordinata al verificarsi «di fatti non riconducibili all’operatore economico che incidono sull’equilibrio del piano economico finanziario». La revisione non può incidere sul trasferimento del rischio in capo all’operatore economico e sulle condizioni di equilibrio economico-finanziario relative al contratto. Al fine di controllare la corretta allocazione dei rischi, la revisione è subordinata alla previa valutazione da parte del Nucleo di consulenza per l’attuazione delle linee guida per la regolazione dei servizi di pubblica utilità (NARS), obbligatoriamente nel caso di opere d’interesse statale o finanziate dallo Stato, facoltativamente negli altri casi. Se le parti non trovano un accordo sul riequilibrio del PEF, possono recedere dal contratto e all’operatore economico spetta il valore delle opere realizzate e degli oneri accessori, al netto degli ammortamenti e dei contributi pubblici.

La peculiarità della finanza di progetto, risiede nella sua attitudine ad attrarre finanziamenti privati per realizzare e gestire opere pubbliche, previa verifica della

⁴⁰⁴ Cfr. ANAC, Linee Guida «*Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull’attività dell’operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato*», in www.anticorruzione.it, 1 febbraio 2017.

⁴⁰⁵ L’ANAC consiglia di utilizzare tale strumento «a monte dell’indizione della procedura di gara, per verificare la convenienza del ricorso al PPP rispetto ad un appalto tradizionale» e «a valle dell’operazione, dal momento che - essendo in essa rappresentata la ripartizione dei rischi tra le parti, così come definitivamente fissata nei documenti contrattuali - consente un agevole controllo sul mantenimento in capo al privato dei rischi allo stesso trasferiti».

⁴⁰⁶ È significativa anche la parte delle Linee Guida dell’ANAC che disciplina «i fatti non riconducibili all’operatore economico» che possono avere quale conseguenza il non equilibrio del piano economico-finanziario, sui quali il Codice nulla aveva disposto. Sul versante del monitoraggio l’Autorità definisce i contenuti minimi dell’offerta di gara e parimenti i contenuti minimi dei contratti di PPP. Si impone alle amministrazioni l’obbligo di «definire i dati, che non siano già in possesso delle stesse, relativi all’andamento della gestione dei lavori e dei servizi che l’operatore economico è tenuto a trasmettere con cadenza prefissata nel bando di gara tenendo

c.d. bancabilità del progetto, ovvero della sussistenza dei presupposti di autofinanziamento integrale delle stesse (c.d. opere calde) o parziale con integrazione di contributo pubblico (c.d. opere tiepide), che abbiano appetibilità da parte di un privato, ovvero capaci di generare flussi di cassa che possano remunerare il capitale investito. Infine, completano il quadro quelle opere che, in ragione della loro funzione, non generano flussi di ricavi sufficienti alla copertura dei costi di gestione e al rimborso del prestito e che necessitano di un sostegno da parte della pubblica amministrazione concedente per essere realizzate (c.d. opere fredde).

Nella fase esecutiva, inoltre, la peculiarità della finanza di progetto, così come prevede l'art. 184 del Codice, consiste nella facoltà da parte del soggetto aggiudicatario di costituire un centro autonomo d'imputazione formale dei rapporti giuridici: la c.d. società di progetto (in forma di S.p.A, S.r.l. o società consortile) distinta dal soggetto aggiudicatario della concessione e sottratta in parte ad alcune discipline del regime societario ordinario, in virtù della sua collocazione all'interno dell'architettura generale della finanza di progetto, che subentra nei rapporti giuridici a titolo originario, senza necessità di autorizzazione, non costituendo il subentro cessione di contratto⁴⁰⁷. La società è ad oggetto sociale esclusivo, corrispondente alla realizzazione, al finanziamento ed alla gestione delle opere pubbliche, da cui ricavare i flussi di cassa necessari a remunerare il capitale privato investito. Alle società di progetto viene accordata ai sensi dell'art. 185 del Codice, così come nella disciplina previgente⁴⁰⁸, la

conto del valore, complessità e durata del contratto». Infine, viene previsto anche un periodico resoconto economico-gestionale sull'esecuzione del contratto.

⁴⁰⁷ Sulla base dell'art. 184 comma 3, la società di progetto diviene «la concessionaria a titolo originario e sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'amministrazione concedente». In virtù di tale rapporto, qualora si verifichi un «versamento di un prezzo in corso d'opera da parte della pubblica amministrazione, i soci della società restano solidalmente responsabili con la società di progetto nei confronti dell'amministrazione per l'eventuale rimborso del contributo percepito. In alternativa, la società di progetto può fornire alla pubblica amministrazione garanzie bancarie e assicurative per la restituzione delle somme versate a titolo di prezzo in corso d'opera, liberando in tal modo i soci. Le suddette garanzie cessano alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera».

⁴⁰⁸ Per una ricostruzione dell'evoluzione normativa dei *project bond* si veda A. Police, *Infrastrutture, crisi economica e ruolo del project financing e dei project bonds*, in *Munus*, n. 2/2013, 221 ss. A partire dal 2012 il legislatore è intervenuto a disciplinare i *project bond*, ovvero i prestiti obbligazionari per il finanziamento di progetti infrastrutturali con l'intento dichiarato di agevolare l'attrazione di capitali privati nell'investimento in opere. A tale proposito si rammenta la prima novella dell'art. 157 del vecchio Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) disposta con d.l. n.1/2012 (c.d. "Cresci Italia"), convertito in l. n. 27/2012, che provvedeva ad una ridefinizione delle caratteristiche dello strumento, ampliando l'ambito soggettivo di applicazione anche ai contratti di partenariato pubblico privato, alle reti di trasporto ed ai siti di stoccaggio gas nonché alle reti di trasmissione. Il successivo d.l. n. 83/2012 (*Decreto Sviluppo*), convertito in l. n.

possibilità di emettere obbligazioni e titoli di debito, anche in deroga ai limiti di cui agli artt. 2412 e 2483 c.c.⁴⁰⁹, fermo restando che ai medesimi titoli emessi non si applicano anche gli artt. 2413, 2414-bis (commi 1 e 2) e da 2415 a 2420 c.c. All'art. 165 comma 5 viene previsto, inoltre, che il contratto di concessione «stabilisca la risoluzione del rapporto in caso di mancato collocamento delle obbligazioni di progetto di cui all'articolo 185, entro un congruo termine fissato dal bando medesimo, comunque non superiore a ventiquattro mesi, decorrente dalla data di approvazione del progetto definitivo». Il dettato della norma preserva intatta però la possibilità del soggetto concessionario di trovare, entro il medesimo termine, le risorse finanziarie necessarie alla realizzazione dell'investimento mediante forme alternative previste dalla normativa. Dall'eventuale risoluzione del rapporto, il concessionario non potrà vantare alcun diritto al rimborso delle spese sostenute, comprese quelle riferibili alla progettazione definitiva. È stata comunque riconosciuta la facoltà di prevedere nel bando di gara che, in caso di finanziamento parziale del progetto e in ogni caso per uno stralcio del medesimo, per il quale possa ravvisarsi una funzionalità dal punto di vista tecnico ed economico, permanga l'efficacia del contratto di concessione limitatamente però alla parte che disciplina la realizzazione e la gestione dello stesso stralcio funzionale del progetto.

All'art. 186 viene previsto il regime di privilegio generale che assiste i crediti dei «soggetti che finanziano o rifinanziano, a qualsiasi titolo, anche tramite la sottoscrizione di obbligazioni e titoli similari, la realizzazione di lavori pubblici, di opere di interesse pubblico o la gestione di pubblici servizi» sui beni mobili, inclusi i crediti, del concessionario e delle società di progetto concessionarie o affidatarie di contratti di PPP o contraente generale. Il privilegio, che deve

134/2012 introduceva poi un regime fiscale agevolato, equiparando ai titoli di Stato la ritenuta applicabile agli interessi (12,50 %) e prevedendo specifiche facilitazioni per le imposte d'atto, rimuovendo altresì i limiti di deducibilità per gli interessi passivi. Con D.M. 7 agosto 2012, che attuava le disposizioni in materia di *project bond*, venivano infine disposte misure di dettaglio volte a regolare la prestazione di garanzie a favore degli investitori. Il quadro degli interventi veniva integrato con il d.l. n. 179/2012, convertito con dalla l. n. 221/2012 (*Decreto Sviluppo-bis*). Da ultimo, avvertendo l'esigenza di imprimere un'ulteriore e convinta accelerazione allo sviluppo del mercato di questa tipologia di titoli, il legislatore è ulteriormente intervenuto con d.l. n. 133/2014 (*Decreto Sblocca Italia*): all'art. 13, rubricato "Misure a favore dei *project bond*", il legislatore è intervenuto apportando significative modifiche alla disciplina di cui all'art. 157 del Codice.

⁴⁰⁹ Ciò è possibile, come dettaglia il comma 5 dell'art. 165, a condizione che le obbligazioni ed i titoli di debito emessi siano destinati alla sottoscrizione da parte degli investitori qualificati così come definiti dall'art. 100 del d.lgs. n. 58/1998, ivi comprese le società e gli altri soggetti giuridici controllati dagli stessi investitori ai sensi dell'art. 2359 c.c. Le obbligazioni ed i titoli di debito

risultare da atto scritto a pena di nullità sui crediti, è anche opponibile ai terzi, purché sia oggetto di trascrizione. Di notevole rilievo è la previsione dell'art. 181 comma 3, la quale prescrive che al fine di scegliere quale procedura di aggiudicazione adottare, anche per verificare la convenienza del PPP rispetto all'appalto, le pubbliche amministrazioni debbano svolgere un'adeguata istruttoria sulla domanda, l'offerta e la sostenibilità economico-finanziaria dell'operazione, utilizzando metodologie di valutazione comparative. Il legislatore fa riferimento all'analisi quantitativa circa la fattibilità dell'operazione di PPP attraverso lo strumento del *Public Sector Comparator*⁴⁰⁰; mentre prima di questa previsione si utilizzavano modalità di verifica dei progetti *ex ante* come studi di fattibilità e analisi costi-benefici, e analisi dei rischi come il PPP test ed il *Value For Money*⁴⁰¹.

Operando una comparazione rispetto alla concessione, è possibile osservare che la finanza di progetto rappresenta un modello di contrattazione pubblica più aperto al dialogo con gli operatori economici privati. L'elemento di novità non consiste né nel coinvolgimento del soggetto privato relativamente agli aspetti progettuali, perché esistono altre fattispecie analoghe quali ad esempio l'appalto-concorso, né nella partecipazione del soggetto privato negli aspetti gestionali o in quelli di finanziamento, perché anche la concessione di lavori pubblici presenta tale caratteristica. Il tratto distintivo risiede, invece, nel coinvolgimento del privato nella fase dell'iniziativa e dell'individuazione di scelte che, altrimenti, sarebbero riservate esclusivamente all'amministrazione pubblica⁴⁰². Attraverso l'istituto della finanza di progetto, il soggetto promotore è, infatti, abilitato ad intervenire in una fase della procedura anticipata, rispetto alle altre fattispecie: «la scelta del promotore presenta caratteri peculiari, in quanto è volta alla ricerca non solo di un contraente, ma di una proposta, che integri l'individuazione e la

possono essere dematerializzati e non possono essere oggetto di atto di trasferimento a favore di soggetti estranei agli investitori qualificati.

⁴⁰⁰ Si tratta di uno strumento di analisi quantitativa di derivazione anglosassone utilizzato per valutare la convenienza del ricorso al PPP attraverso la comparazione monetaria tra l'ipotesi di realizzazione e gestione del progetto in forma di appalto pubblico e tramite forme di PPP, quantificandone la creazione di valore generata dalle due opzioni. Si veda M. Nicolai, *Vantaggi, struttura finanziaria e incentivi pubblici del Partenariato Pubblico-Privato*, in M. Nicolai, W. Tortorella (a cura di), *Partenariato Pubblico Privato e Project Finance*, Rimini, 2015, 138 ss.; AVCP-UTFP, *Analisi delle tecniche di valutazione per la scelta del modello di realizzazione dell'intervento: il metodo del Public Sector Comparator e l'analisi del valore*, Settembre 2009, in www.anticorruzione.it.

⁴⁰¹ Si vedano sul punto M. Nicolai, *Vantaggi, struttura finanziaria e incentivi pubblici del Partenariato Pubblico-Privato*, cit., 130 ss.; v. Vecchi, *Le analisi economico-finanziarie per la valutazione e gestione dei progetti di PPP*, in G.F. Cartei e M. Ricchi (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato*, cit., 406 ss.

specificazione dell'interesse pubblico perseguito», come riconosciuto dalla giurisprudenza amministrativa⁴¹³.

Sul piano del rischio operativo, tre sono le principali caratteristiche distintive della finanza di progetto: la finanziabilità del progetto, intesa come verifica puntuale della generazione di flussi di cassa necessari e sufficienti a coprire i costi, a remunerare il capitale investito assicurando un utile ai soggetti finanziatori quale remunerazione del capitale di rischio; la presenza del “*ring fencing*”, cioè di un soggetto centro d'imputazione giuridica, la società di progetto, alla quale vengono trasferite le risorse finanziarie per la realizzazione del progetto con contestuale separazione del bilancio di quest'ultima da quello dei soggetti finanziatori; il “*security package*” cioè idonee garanzie, non soltanto a favore degli istituti di credito, in altre parole la protezione che le clausole contrattuali stipulate assicurano al progetto.

I vantaggi più evidenti della finanza di progetto, rispetto alla concessione, consistono nella predeterminazione nella ripartizione dei rischi e dei ricavi tra soggetto pubblico e soggetto privato, nella razionalizzazione del processo di identificazione degli investimenti, nell'ottimizzazione della gestione delle attività prodromiche alla realizzazione del progetto e nel contenimento dei costi e dei compiti per le pubbliche amministrazioni.

Gli svantaggi attengono, invece, al possibile indebolimento dell'assetto concorrenziale con l'affidamento pluriennale della gestione dell'opera alla società di progetto; al limite quantitativo dell'infrastruttura, che deve essere di rilevanti dimensioni, per la complessità dei rapporti intercorrenti tra le parti; al rischio dello snaturamento della tecnica di finanziamento al fine precipuo di eludere le norme in materia di vincoli di finanza pubblica⁴¹⁴.

Rispetto al quadro medio di andamento internazionale, emergono alcune carenze evidenti dell'Italia, soprattutto in termini di opere *greenfield* (ovvero nuove opere), un apporto alquanto insufficiente di *equity* e di *project bond* nel finanziamento, a cui si aggiungono scarsa qualità dei progetti e infine assenza di

⁴¹³ In tal senso, C.E. Gallo, *Project e leasing*, in R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli, G. Sala (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, 1639 e 1653.

⁴¹⁴ Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2014, n. 67, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴¹⁵ Così M. Protto, L. Mazzeo, *Project financing e infrastrutture strategiche: aspetti di criticità dell'attuale sistema e loro (possibile) superamento alla luce della direttiva 2014/23/UE*, in G.F. Cartei e M. Ricchi (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato*, cit., 143-144.

fondi *equity* dedicati al settore infrastrutturale⁴⁵. Se, al momento in cui furono introdotti, i *project bond* avrebbero dovuto risolvere l'annoso problema del finanziamento destinato agli investimenti infrastrutturali, in realtà a distanza di qualche anno è possibile rilevare una scarsa efficacia dei medesimi⁴⁶. Inoltre, in Italia i contributi pubblici messi a disposizione per le operazioni di finanza di progetto sono stati e sono scarsi, rispetto a quanto invece avviene a livello internazionale, dove l'apporto finanziario di natura pubblica è più consistente⁴⁷.

⁴⁵ Si veda sul punto lo studio *Gli investimenti in infrastrutture di trasporto. Scelte di finanziamento e spunti di riflessione dai progetti recentemente sviluppati in Italia*, 68, cit., secondo cui, per quanto riguarda la realizzazione di infrastrutture, il mercato italiano del *lending* nella forma del *project financing* è caratterizzato dall'erogazione del credito, in prevalenza, ad investimenti infrastrutturali di tipo "*brownfield*". Infatti, l'offerta di investimenti di tipo "*greenfield*" è penalizzata dall'inadeguatezza dei contributi in conto capitale a copertura della fase di costruzione, dall'elevato rischio di domanda l'esposizione al quale risulta sbilanciata sullo sponsor privato (senza il sostegno del soggetto pubblico), dall'eccessiva incidenza degli accantonamenti di *equity* regolamentare richiesti (ai sensi di Basilea 3) agli intermediari bancari per prestare capitale di credito alle società di progetto. Ne secondo lo studio alcuni elementi distintivi del mercato italiano, per i quali si rendono necessarie altrettante azioni correttive, sono: scarsità di progetti infrastrutturali "di qualità" nei quali investire, cui segue la necessità di aumentare l'offerta di nuovi *asset* nella forma di opere infrastrutturali di tipo "*greenfield*" da realizzare; attenuazione degli assorbimenti patrimoniali richiesti alle banche per l'erogazione di finanziamenti in operazioni di *project financing*; elevato rischio di domanda (soprattutto nel settore dei trasporti pubblici locali, in cui le tariffe sono troppo basse per assicurare la sostenibilità del piano economico-finanziario) cui viene fatto esporre il solo soggetto privato (concessionario), che renderebbe necessaria l'erogazione da parte dell'amministrazione di canoni di disponibilità a favore dei concessionari così da allocare parte del rischio di domanda sul soggetto pubblico.

⁴⁶ Si veda lo studio a cura di Centro Arcelli per gli Studi Monetari e Finanziari dell'Università Luiss Guido Carli (CASMEF) e team di *Economic Consulting* di Deloitte Financial Advisory S.r.l. *Gli investimenti in infrastrutture di trasporto. Scelte di finanziamento e spunti di riflessione dai progetti recentemente sviluppati in Italia*, 2017, che, a partire da un database di carattere internazionale, *Infradeals*, che ha analizzato 707 operazioni di *project financing* realizzate in paesi appartenenti a tre aree geografiche (Europa, Nord America, Medio Oriente) tra il 2000 e il 2016, indagando anche 34 operazioni di *project financing* in Italia, relative al periodo 2004-2015 esclusivamente nel settore trasportistico. Secondo i dati forniti il mercato dei *project bond* è composto da 12 operazioni, relative al periodo tra il 2000 e il 2016, per un'emissione totale pari a 3,4 mld di euro a integrazione di altrettanti 3,4 mld di euro di debito contratto con istituti bancari per gli stessi progetti. L'anomalia si è palesata in 8 casi su 12 per i quali il collocamento dei *project bond* è riuscito solo una volta che le opere erano già in fase di gestione, e non in fase di costruzione, determinando in sostanza un avvicendamento con gli istituti bancari. Solo in quattro casi i *project bond* hanno assolto propriamente alla loro funzione originaria finanziando la fase di costruzione, tuttavia, tre di questi sono relativi a opere private. In un solo caso tali strumenti finanziari hanno contribuito alla fase di costruzione per infrastrutture pubbliche, segnatamente per l'Ospedale di Este Monselice (Padova Sud) con 29 mln di euro con i *project bond* e 82 contratti a debito.

⁴⁷ Cfr. *Gli investimenti in infrastrutture di trasporto. Scelte di finanziamento e spunti di riflessione dai progetti recentemente sviluppati in Italia*, cit., 110, secondo cui al fine di rendere maggiormente competitivo e attrattivo per gli investitori privati il mercato italiano del *project financing*, in particolare per le nuove opere, occorrerebbe garantire «un maggiore livello di contributi pubblici in costruzione, la riduzione del rischio di domanda per il privato ed infine il contenimento degli accantonamenti regolamentari richiesti da Basilea 3 agli intermediari bancari; supporto per lo sviluppo del mercato italiano dei *project bond*, finalizzato al conseguimento di *best practice* per la standardizzazione di operazioni di raccolta di risorse finanziarie anche per progetti di dimensione media e piccola, e per progetti *greenfield*; sviluppo dell'industria italiana dei fondi di *private equity* infrastrutturali, anche attraverso la promozione di un fondo di investimento *greenfield* da parte di Cassa Depositi e Prestiti S.p.a. che riesca ad attrarre investitori anche

Dall'introduzione dell'istituto della finanza di progetto e fino all'emanazione del d.lgs. n. 50/2016, il legislatore sembrava essersi soffermato troppo sui profili procedurali di matrice pubblicistica ai fini della realizzazione mediante finanza di progetto delle infrastrutture, tralasciando in larga parte le vicende legate invece alla formazione ed esecuzione della volontà espressa nel contratto, quale sede eletta per la definizione e ripartizione del rischio attraverso la regolazione delle clausole negoziali atte a disciplinare il rapporto giuridico concessorio⁴¹⁸. La disciplina previgente del Codice⁴¹⁹, non appariva sufficientemente idonea a garantire la traslazione effettiva del rischio dell'opera al soggetto privato, assicurando al medesimo adeguati livelli di redditività, con evidenti ricadute in termini di assimilazione impropria dell'istituto della concessione a quello dell'appalto. Con l'introduzione del nuovo Codice pare essersi avviato un processo di ritorno alla centralità del contratto, quale perno necessario e funzionale alla definizione e ripartizione del rischio operativo⁴²⁰.

Un altro profilo critico ravvisato nella prassi applicativa della finanza di progetto riguarda la gestione finanziaria delle operazioni, in particolare: la

internazionali; stimolo all'attività di *sponsorship* degli investitori istituzionali in Italia, ancora limitata; sviluppo delle reti di imprese per la partecipazione agli appalti pubblici».

⁴¹⁸ La poca attenzione del legislatore allo strumento contrattuale ai fini della regolazione delle previsioni circa l'allocatione e ripartizione dei profili di rischio è stato segnalato anche da R. Cori, C. Giorgiantonio, I. Paradisi, *Allocazione dei rischi e incentivi per il contraente privato: un'analisi delle convenzioni di project financing in Italia*, in *Questioni di economia e finanza*, n. 82, Banca d'Italia, 2010, 6 secondo i quali «sembra ancora limitata l'attenzione dedicata alla predisposizione dei contratti di concessione di costruzione e gestione, che – invece – dovrebbero rappresentare il luogo naturale per disciplinare i rapporti tra le parti, nonché realizzare l'ottimale allocatione dei rischi in operazioni complesse e di lunga durata quali sono quelle di PF».

⁴¹⁹ Infatti l'art. 143, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006 prevedeva che «L'offerta e il contratto devono contenere il piano economico-finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto e devono prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione, anche prevedendo un corrispettivo per tale valore residuo. Le offerte devono dare conto del preliminare coinvolgimento di uno o più istituti finanziatori nel progetto». Sul punto si veda M. Protto, L. Mazzeo, *Project financing e infrastrutture strategiche: aspetti di criticità dell'attuale sistema e loro (possibile) superamento alla luce della direttiva 2014/23/UE*, in G.F. Cartei e M. Ricchi (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato*, cit., 147, che osservano come tale corrispettivo per l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato potrebbe suscitare una sorta di differimento nel tempo di oneri economici spettanti all'amministrazione concedente in assenza di copertura finanziaria adeguata, potendo sottoscrivere il piano economico-finanziario con i privati senza evidenziare le risorse attraverso le quali affronterà il prezzo di restituzione dell'opera al termine della concessione. In tale contesto vi è il rischio di un'alterazione del rischio del soggetto concessionario, con l'assimilazione de facto della concessione all'appalto, in contrasto con il diritto europeo e con la ratio di fondo della finanza di progetto. Tale disfunzione riguarda soprattutto le infrastrutture che non si prestano ad essere sfruttate economicamente, le c.d. opere.

⁴²⁰ Infatti l'art. 182, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 prevede che «La remunerazione del capitale investito è definita nel contratto» ed al comma 2 che «il contratto definisce i rischi trasferiti, le modalità di monitoraggio della loro permanenza entro il ciclo di vita del rapporto contrattuale e le

disciplina dell'istituto dell'asseverazione del piano economico-finanziario ad opera di un istituto di credito, incluso nella proposta del soggetto promotore, le modalità di ricorso (da parte dei finanziatori) al meccanismo di *step-in right* (ovvero la possibilità di designare un sostituto in caso di risoluzione del rapporto concessorio per motivi attribuibili al soggetto concessionario), l'inadeguatezza delle garanzie previste a favore dei finanziatori ed infine i limiti nella cedibilità dei crediti del concessionario a favore della pubblica amministrazione²²¹. In questo ambito le misure più innovative introdotte dal nuovo Codice sono l'obbligo di conseguire il *closing* finanziario, ovvero il buon esito dell'operazione, con il perfezionamento del contratto di finanziamento, entro un anno dalla stipulazione del contratto di concessione, pena la sua risoluzione *ipso iure* e l'obbligo di collocare le obbligazioni di progetto entro due anni, con la pena della risoluzione su espressa previsione all'interno del bando di gara ad opera dell'amministrazione aggiudicatrice. Inoltre, merita rilievo anche la riformulazione operata delle disposizioni concernenti il riequilibrio economico-finanziario, di cui sempre all'art. 165 comma 6, che risulta più adeguato rispetto al testo previgente, anche se per «fatti non riconducibili al concessionario» devono intendersi specificamente quei fatti che esulino dal perimetro di quei rischi che il contratto ha assegnato alla gestione privata. Inoltre, sempre al comma 6 si prevede anche che la revisione del piano economico-finanziario da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio deve comunque «consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto».

Dopo la riforma del Codice dei contratti pubblici si può quindi sperare che talune previsioni²²² abbiano l'effetto di evitare che la finanza di progetto si ripresenti come modello deficitario, «applicato in modo burocratico, quasi come fosse soltanto una modalità di *procurement* nei contesti di carenza di risorse

conseguenze derivanti dalla anticipata estinzione del contratto, tali da comportare la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico».

²²¹ Per un'analisi dettagliata sulle misure per incentivare l'erogazione del capitale privato v. C. Giorgiantonio, V. Giovanniello, *Infrastrutture e project financing in italia: il ruolo (possibile) della regolamentazione*, in *Questioni di economia e finanza*, n. 56, Banca d'Italia, 2009, 30 ss.

²²² Si fa riferimento al trasferimento al soggetto privato del rischio operativo, alla riduzione del valore massimo dei contributi pubblici, fissato al 30% dell'investimento (nella c.d. legge Merloni preesistente era fissato al 50%, poi abrogato nel 2002), all'obbligo di ottenere il *closing* finanziario con gli istituti bancari entro 12 mesi dalla stipulazione dei contratti di concessione (nella versione preesistente era fissato il limite di 24 mesi dall'approvazione del progetto definitivo), infine alla limitazione al diritto di revisione dell'equilibrio del Piano economico-finanziario (PEF), che non

finanziarie pubbliche»⁴²³, consentendo alle amministrazioni pubbliche di valorizzarla, al fine di integrare gli investimenti pubblici.

2.5. Altri strumenti di PPP: locazione finanziaria, contratto di disponibilità, affidamento a contraente generale.

Accanto alle concessioni sia di lavori, sia di servizi, che individuano immediatamente determinate fattispecie contrattuali e alla finanza di progetto, che invece richiama indirettamente il rapporto concessorio, pur non qualificandosi essa stessa né quale fattispecie contrattuale, né quale procedura di aggiudicazione, vi sono altre forme di manifestazione contrattuale, meno emblematiche ma pur sempre annoverabili, seppure con gradazione e intensità differente, all'interno del fenomeno del PPP. La lettera del vecchio Codice dei contratti pubblici enumerava a titolo esemplificativo all'art. 3 comma 15-ter, quali contratti di PPP tra gli altri anche la locazione finanziaria ed il contratto di disponibilità, e ammetteva la possibilità che all'interno di tale categoria potesse rientrare a determinate condizioni anche l'affidamento a contraente generale. La locazione finanziaria veniva richiamata anche nella nozione di appalto di forniture del vecchio Codice dei contratti pubblici e all'art. 3 comma 1 lett. tt) del nuovo Codice⁴²⁴ di fatto riprodotiva della nozione previgente. Nel testo del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni il legislatore delegato ha scelto di espungere dalla nozione di contratto di PPP, l'elencazione sia pure a titolo esemplificativo delle fattispecie contrattuali di PPP, richiamandole però all'ultimo comma dell'art. 180 lasciando tuttavia aperta la categoria a «qualunque altra procedura di realizzazione in partenariato di opere o servizi che presentino le caratteristiche di cui ai commi precedenti». All'interno della Parte IV Titolo I rubricata "Partenariato Pubblico Privato" sono disciplinati i contratti di locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità di cui all'art. 187, il contratto di disponibilità di cui al successivo art. 188 e ha introdotto nuove figure di PPP che nella disciplina codicistica previgente non erano previsti, ovvero gli interventi di sussidiarietà

sarà più un diritto del concessionario come invece era in passato in caso di variazioni disposte *ex lege* o per volontà dell'amministrazione pubblica.

⁴²³ Cfr. *Gli investimenti in infrastrutture di trasporto. Scelte di finanziamento e spunti di riflessione dai progetti recentemente sviluppati in Italia*, cit., 111.

⁴²⁴ Cfr. art. 3 comma 1 lett. tt) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 «(...) i contratti tra una o più stazioni appaltanti e uno o più soggetti economici aventi per oggetto l'acquisto, la locazione

orizzontale di cui all'art. 189, il baratto amministrativo di cui all'art. 190 ed infine la cessione di immobili in cambio di opere di cui all'art. 191.

Il contratto di locazione finanziaria aveva fatto ingresso nell'ordinamento interno attraverso una previsione all'art. 1 commi 907 ss. l. 27 dicembre 2006, n. 296 c.d. legge finanziaria 2007, poi trasposta nel vecchio Codice dei contratti pubblici all'art. 160-*bis*⁴²⁵ rubricato "locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità". Tale fattispecie contrattuale deriva dal modello civilistico del contratto di *leasing* che era un contratto atipico non previsto espressamente dal Codice Civile ancorché abbia ricevuto un quadramento per via giurisprudenziale, ma di recente ha ricevuto una tipizzazione in chiave unitaria all'interno della legge annuale per la concorrenza ed il mercato approvata nel 2017, superando così la distinzione tra *leasing* c.d. finanziario e *leasing* c.d. operativo. Il contratto di *leasing* può atteggiarsi nella forma del c.d. *leasing* finanziario quando il rapporto negoziale trilaterale (costruttore, finanziatore e locatario) oppure in quella del c.d. *leasing* operativo quando invece il rapporto contrattuale è bilaterale (in cui il costruttore si identifica con il locatore). Il *leasing* finanziario è un contratto mutuato dall'esperienza giuridica anglosassone, e individua uno schema in base al quale un soggetto, detto conduttore, si procura la disponibilità di un determinato bene immobile o mobile a sua discrezione, il quale viene acquistato o realizzato per conto del soggetto conduttore da una società la quale successivamente concede tale bene in *leasing* per un periodo determinato. A fronte di ciò il conduttore si obbliga a corrispondere alla società il pagamento di un canone periodico per il periodo prestabilito che rappresenta il corrispettivo a titolo di godimento ed il suo ammontare è individuato in modo da coprire sia l'ammortamento del bene sia gli interessi sul capitale investito dalla società per l'acquisto e per la gestione del bene sia l'utile della società medesima. Durante il periodo di vigenza del contratto i rischi relativi alla perdita e deterioramento del bene gravano interamente in capo a detta società concedente. Al termine del periodo il conduttore può optare alternativamente a favore dell'acquisto del bene, per un prezzo residuo predefinito, oppure a favore della proroga della locazione oppure a favore della restituzione del bene locato.

finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti. Un appalto di forniture può includere, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione».

⁴²⁵ La trasposizione è avvenuta grazie al d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113 e ha subito modifiche ed integrazioni successive con il d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, c.d. Terzo decreto correttivo.

Il *leasing* operativo viene distinto da quello operativo perché in tale contratto è il medesimo soggetto fornitore del bene che lo concede in *leasing* al conduttore, senza l'interposizione della società, verso il corrispettivo di un canone periodico. Nel *leasing* finanziario il pagamento del canone non viene effettuato soltanto a titolo di corrispettivo per la locazione del bene ma anche a titolo di remunerazione del soggetto finanziatore, mentre nel *leasing* operativo rimane soltanto la prima voce mentre quest'ultima è assente. Anche prima dell'emanazione del vecchio Codice dei contratti pubblici, la giurisprudenza⁴²⁶ aveva da tempo ammesso un'altra forma peculiare di *leasing*, ovvero quello pubblico⁴²⁷, nel quale il soggetto conduttore era rappresentato da un'amministrazione pubblica, anche se la traslazione di tale forma contrattuale che sarebbe più confacente *naturaliter* nei rapporti tra privati, ad una relazione negoziale tra pubblico e privato ha scontato diversi profili di problematicità, soprattutto con riferimento ai casi nei quali ad oggetto del *leasing* pubblico vi fosse stato un bene immobile⁴²⁸. Sul piano legislativo prima del recepimento operato dal vecchio Codice dei contratti pubblici, il *leasing* pubblico nella sua declinazione avente ad oggetto i beni immobili aveva ricevuto attenzione non in una disciplina generale sui lavori pubblici bensì soltanto relativamente ad ipotesi specifiche di cui all'art. 29, l. 18 febbraio, 1999, n. 28 e all'art. 145 comma 34 l. 23 dicembre 2000, n. 388⁴²⁹. Gli elementi di maggiore rilievo che deponevano a favore della complessità o meglio della problematicità del *leasing* pubblico immobiliare segnalavano una possibile elusione mediante tale fattispecie contrattuale della disciplina generale sui lavori pubblici. Si intendeva appurare, infatti, se, il *leasing* pubblico immobiliare fosse stato o meno assimilabile alla disciplina prevista per gli appalti pubblici di lavori di cui alla l. n. 109/1994 c.d. Legge Merloni, e dunque alle procedure di aggiudicazione da essa previste. Investita di tale problema, è stata l'allora Autorità

⁴²⁶ Cons. St., Sez. III, parere n. 889/9, 10 maggio 1994, che aveva affermato la legittimità dell'acquisizione di elicotteri mediante contratto di *leasing*.

⁴²⁷ Prima dell'avvento del codice dei contratti pubblici si veda in dottrina sul *leasing* tra gli altri A. Clarizia, *Note in tema di leasing pubblico*, in *Riv. trim. app.*, 1988, 643 ss; R. Di Pace, *Partenariato Pubblico-Privato e contratti atipici*, Milano, 2006; G. Montedoro, *Leasing pubblico e capacità generale di diritto privato della p.a.*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004.

⁴²⁸ Così G. Fidone, *Dalla locazione finanziaria al contratto di disponibilità: l'evoluzione del contratto di leasing immobiliare pubblico*, in *Foro amm. TAR*, 2012, 1042.

⁴²⁹ L'art. 29 prevedeva la realizzazione di un programma articolata su base quinquennale al fine della costruzione, ammodernamento ed acquisto o locazione finanziaria di immobili da destinare ad uso uffici del Ministero delle Finanze; L'art. 145 comma 34 acconsentiva alla possibilità per il Ministero della Giustizia di utilizzare lo strumento della locazione finanziaria al fine di acquisire nuovi istituti penitenziari.

per la Vigilanza sui Lavori Pubblici⁴⁰ (AVLP), i cui poteri oggi sono in capo ad ANAC, ad esprimersi per dirimere la *vexata quaestio* assimilando il *leasing* pubblico alla disciplina prevista per gli appalti pubblici di lavori, trovando conferma in termini di coerenza con la disciplina europea che reputa l'appalto di lavori una forma di esecuzione di lavori con qualsiasi mezzo. La decisione dell'AVLP si giustificava constatando che la causa concreta del contratto di *leasing* era da considerarsi la realizzazione dei lavori e dunque doveva considerarsi illegittimo e quindi elusivo qualsiasi tentativo di sottrazione del *leasing* pubblico alla disciplina generale in ordine ai lavori pubblici.

La nozione di contratto di locazione finanziaria di cui all'art. 3 comma 15-*bis* del vecchio Codice dei contratti pubblici successivamente riprodotto all'art. 3 comma 1 lett. ggg) del nuovo Codice, definisce la locazione finanziaria quale «(...) contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori». Tale contratto, la cui disciplina è stata alquanto controversa e altamente problematica e che per questo ha trovato scarsa applicazione pratica⁴¹, si configura come un modello di finanziamento basato sulla realizzazione e acquisizione in proprietà di un bene immobile da parte di una società locatrice, la quale concede all'amministrazione pubblica, soggetto conduttore, tale bene, dietro la corresponsione di un canone periodico di ammortamento con possibilità di riscatto del bene al termine del periodo di locazione. Dall'appalto differisce sostanzialmente tale istituto in quanto sussiste la preventiva disponibilità del bene

⁴⁰ Cfr. AVLP, 4 dicembre 2002, n. 337, in www.anticorruzione.it in merito al bando di gara relativo alla "realizzazione e consegna in leasing chiavi in mano del completamento fase I del nuovo arcispedale S. Anna di Ferrara" secondo cui «(...) l'operazione suddetta, da ritenersi in concreto finalizzata alla realizzazione, al godimento ed all'acquisizione dei beni citati, è qualificabile come lavoro pubblico ai sensi dell'art. 2 della legge 109/94 e s. m. i. e che pertanto è alla citata legge quadro che occorre riferirsi per individuare gli ambiti tipologici entro i quali effettuare la scelta del contratto da utilizzare, ambiti tipologici peraltro chiaramente indicati all'art. 19, comma 1 della stessa legge quadro». Secondo AVLP nel caso in esame non aveva rilevanza il fatto che fossero state rispettate le norme in materia di evidenza pubblica previste dal d.lgs. n. 157/1995 ai fini della selezione del soggetto privato contraente, le quali avevano garantito ad avviso della stazione appaltante, l'Azienda Ospedaliera Università di Ferrara, la trasparenza procedimentale ed il confronto concorrenziale nel mercato. Ciò che invece assumeva rilievo era il fatto che il contratto fosse riconducibile alla definizione di lavoro pubblico annoverando la fattispecie nell'ambito applicativo della legge n. 109/1994 c.d. Legge Merloni.

⁴¹ Per un'analisi della problematicità di ordine giuridico e per la complessità applicativa del contratto di locazione finanziaria ancorché relativa al periodo previgente l'emanazione del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni avvenuta nel 2016, conserva ancora una straordinaria attualità in termini di giudizio si veda G. Fidone, *Dalla locazione finanziaria al contratto di disponibilità: l'evoluzione del contratto di leasing immobiliare pubblico*, in *Foro amm. TAR*, 2012, 1048 ss. secondo cui «(...) La disciplina vigente (...) non brilla per chiarezza e pone numerosi problemi di ordine interpretativo» e che la disciplina della locazione finanziaria «(...) ha trovato scarsa applicazione pratica, anche per le difficoltà interpretative delle disposizioni vigenti».

per il conduttore e nella posticipazione del prezzo. L'amministrazione pubblica nel *leasing* finanziario ha il diritto di utilizzare il bene senza anticipare la corresponsione per l'acquisto (che viene definito al momento dell'aggiudicazione) e senza assumere alcun rischio in ordine alle caratteristiche del bene stesso. Il rischio di costruzione è infatti a carico del soggetto costruttore e l'accordo tra quest'ultimo e la società di *leasing* permette l'erogazione del capitale funzionale all'investimento rispetto allo stato dell'arte del progetto, tuttavia la gestione dell'opera successivamente alla costruzione è affidata al soggetto pubblico committente a seguito del collaudo e non al soggetto privato che provvede nell'eventualità alla manutenzione dell'opera stessa. In sintesi la pubblica amministrazione si occupa della progettazione preliminare da porre a base di gara esegue controlli sull'esecuzione, e corrisponde un canone predeterminato e periodico per l'utilizzo del bene, selezionando la società di *leasing* sulla quale gravano i rischi di realizzazione dell'investimento ed il costruttore a cui vengono demandati i rischi di realizzazione. Così configurato, il contratto di locazione finanziaria inteso quale *leasing* finanziario, ha suscitato non poche perplessità di una parte della dottrina, ai fini della qualificabilità all'interno della categoria del PPP, in quanto esso difetterebbe di diversi elementi propri delle dinamiche collaborative pubblico-privato⁴³², mentre lo stesso contratto nella sua declinazione di *leasing* operativo sarebbe invece annoverabile all'interno della predetta categoria giuridica⁴³³. A conferma di tale indirizzo dottrinale milita inequivocabilmente anche il dettato legislativo riportato sia nella lettera dell'art. 160-bis comma 1 del vecchio Codice dei contratti pubblici sia in quella dell'art. 187 comma 1 del nuovo Codice che individuano la locazione finanziaria quale

⁴³² A. Di Giovanni, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012, 111 secondo la quale nel contratto di locazione finanziaria mancherebbero alcuni elementi propri del PPP quali «(...) la condivisione dei profili progettuali dell'attività da realizzare; la garanzia del finanziamento da parte del privato, anche se solo parzialmente; la rilevanza e la strategicità del ruolo del finanziatore in ogni fase dell'attività, essendo tutto incentrato sulla realizzazione dell'opera a fronte di un corrispettivo, anche se sotto forma di canone».

⁴³³ G.F. Cartei, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, in G. Cerrina Feroni (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Modelli e strumenti*, Torino, 2011, 7 ss. che condividendo le perplessità in ordine all'ascrivibilità della locazione finanziaria, intesa nel suo complesso, nel novero degli strumenti giuridici di PPP, fa notare come «(...) appare riferibile al partenariato pubblico privato la variante del *leasing* operativo, in cui primeggiano le attività relative alla disponibilità e manutenzione dell'opera realizzata dal soggetto privato a favore dell'amministrazione; più controversa appare, invece, l'assimilazione al modello partenariale del *leasing* finanziario, in cui trattandosi essenzialmente della realizzazione dell'opera più pertinente appare la disciplina dell'appalto».

«(...) appalto pubblico di lavori, salvo che questi ultimi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo».

La declinazione della locazione finanziaria quale leasing operativo è invece ascrivibile alla categoria del PPP, e ha trovato puntuale disciplina prima all'interno del vecchio Codice dei contratti pubblici all'art. 160-ter, mediante il d.l. 24 gennaio 2010, n. 1 c.d. decreto Cresci-Italia, convertito in l. 24 marzo 2012, n. 27, assumendo la denominazione di contratto di disponibilità⁴³⁴, poi trasposto anche nel nuovo Codice all'art. 188. Tale forma contrattuale oltre a rappresentare un'importante traguardo per lo sviluppo dei modelli di PPP, denota fin dalla sua origine un ruolo peculiare per il soggetto privato, il quale si assume il rischio della costruzione e della gestione dell'opera, avente finalità di pubblico servizio, che verrà realizzata. Il contratto di disponibilità, infatti, è a prestazioni corrispettive avente ad oggetto la realizzazione di un'opera e la successiva concessione per l'utilizzo della medesima, destinata all'assolvimento di un servizio pubblico, dietro pagamento di un canone prestabilito da parte dell'amministrazione pubblica e l'obbligo da parte del soggetto concedente di garantirne la perdurante fruibilità. L'ambito di applicazione di tale strumento giuridico è quello dei lavori pubblici nei settori ordinari e per espressa previsione del legislatore l'istituto si applica anche alle infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi grandi infrastrutture. Pertanto, nel silenzio della legge, si deve desumere che il contratto di disponibilità non possa trovare applicazione nel caso di servizi e di forniture. La differenza di tale fattispecie contrattuale, rispetto all'appalto ed agli altri strumenti di realizzazione di opere pubbliche, risalta proprio nella proprietà privata dell'opera, ancorché destinata a servizio pubblico, anche se può essere prevista in conformità a quanto stabilisce l'art. 187 comma 1 lett. b) e c) del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni, la possibilità di trasferimento all'amministrazione aggiudicatrice dell'opera, come ipotesi meramente eventuale. Alla luce di tale peculiarità, con riferimento al regime proprietario dell'opera, il soggetto privato nel contratto di disponibilità assume un ruolo quanto ad oneri assunti, preponderante rispetto alla posizione

⁴³⁴ Cfr. art. 3 comma 1 lett. hhh), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 «(...) il contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spese dell'affidatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo. Si intende per messa a disposizione l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità

rivestita dal soggetto pubblico che non assume alcun rischio né per quanto riguarda la costruzione né per il mantenimento dell'opera che dovrà rispettare quindi un regime privatistico (non potrà pertanto essere costruita su terreno demaniale né essere demaniale essa stessa). L'introduzione nell'ordinamento interno del contratto di disponibilità e la sua previsione all'interno di un decreto per il rilancio e la crescita del paese, ha reso manifesto l'intento del legislatore di adeguarsi alle decisioni adottate da Eurostat, in materia di spese del settore pubblico, funzionali a contabilizzare fuori bilancio le operazioni di PPP. La disciplina di tale fattispecie contrattuale è modellata sulla nozione di rischio che scaturisce dalle elaborazioni Eurostat secondo le quali la registrazione *off balance* di un'operazione di PPP, avviene quando si verifica il trasferimento dei rischi connessi all'operazione a favore del soggetto privato e ciò si realizza se quest'ultimo assume il rischio di costruzione connesso alla fase di progettazione e di realizzazione ed inoltre uno tra il rischio di disponibilità e quello di domanda. All'art. 188 comma 2 del nuovo Codice è previsto, infatti, che nel contratto il soggetto privato «(...) assume il rischio della costruzione e della gestione tecnica dell'opera per il periodo di messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice». Sempre al comma 2 è previsto che il contratto definisca le modalità di ripartizione dei rischi «(...) che possono comportare variazioni dei corrispettivi dovuti per gli eventi incidenti sul progetto, sulla realizzazione o sulla gestione tecnica dell'opera, derivanti dal sopravvenire di norme o provvedimenti cogenti di pubbliche autorità». Infine vengono posti in capo al soggetto aggiudicatore, ovvero al soggetto privato «(...) i rischi sulla costruzione e gestione tecnica dell'opera derivanti da mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa (...)». I rischi di costruzione riguardano pertanto quelli attinenti la realizzazione e l'esecuzione dell'opera mentre i rischi di gestione sono quelli corrispondenti in definitiva «(...) nella garanzia della piena e costante efficienza dell'opera realizzata, affinché soddisfatti con continuità lo scopo per il quale è stata acquisita in disponibilità»⁴³⁵. Al comma 1 sono previsti tre modalità di retribuzione al soggetto privato da parte del soggetto pubblico: innanzitutto è prevista la possibilità di un canone di disponibilità «(...) da versare soltanto in corrispondenza alla effettiva

previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti».

disponibilità dell'opera» che viene proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità dell'opera stessa per manutenzione, o per vizi o qualsivoglia motivo non imputabile ai rischi posti a carico del soggetto pubblico. E' prevista la possibilità di un eventuale contributo riconosciuto in corso d'opera non superiore comunque al cinquanta per cento del costo di costruzione dell'opera, in caso di trasferimento dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice ed infine un prezzo di trasferimento da calcolare con riferimento ai canoni già versati ed al contributo in corso d'opera, ottenuto dal soggetto privato al valore di mercato residuo dell'opera da corrispondere al termine della durata contrattuale, in caso di trasferimento dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice. L'ente pubblico dal momento che non interviene nella fase esecutiva dell'opera, provvede in via autonoma invece ad individuare lo scopo per il quale viene disposta l'acquisizione in disponibilità dell'opera stessa, e successivamente predispone il capitolato prestazionale di cui all'art. 188 comma 5, attraverso cui il soggetto pubblico stabilisce i criteri per i quali l'opera viene considerata o meno fruibile. L'amministrazione pubblica nel contratto di disponibilità «(...) assume il ruolo di un cliente che manifesta le proprie esigenze per godere di una opera per un lungo periodo»⁴³⁶. Tuttavia, il legislatore ha previsto specifiche garanzie poste a tutela del soggetto pubblico ai fini della verifica circa la corretta esecuzione di quanto pattuito in sede contrattuale con il soggetto privato, esercitata mediante il collaudo, disciplinato all'art. 188 comma 6. Tale collaudo non è informato ai modelli tradizionali, bensì assume una valenza più incisiva e discrezionale nei confronti dell'attività del soggetto privato, contemplando anche la possibilità di riduzione del canone nel caso di riscontrati inadempimenti del privato alle prescrizioni tecniche e funzionali contenuti nel capitolato. Anche per quanto riguarda il contratto di disponibilità si è registrato un contrasto in sede dottrinale con rilievi sia favorevoli sia alquanto critici in ordine all'inquadramento di tale istituto all'interno delle forme giuridiche di PPP. In tale fattispecie contrattuale si attuerebbe «(...) un evidente sbilanciamento della partnership verso il soggetto privato - che riveste un ruolo centrale e strategico rispetto al soggetto pubblico il quale assume il ruolo di un cliente che illustra le proprie esigenze per fruire di un'opera per un periodo -, che impedisce di superare la dialettica di prestazioni

⁴³⁵ A. Di Giovanni, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, cit., 108.

⁴³⁶ F. Tufarelli, *Il contratto di disponibilità*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 606.

sinallagmatiche ed approdare ad un reale partenariato pubblico privato»⁴³⁷. Chi invece si è espresso a favore dell'inserimento del contratto di disponibilità nella categoria giuridica del PPP ha fatto leva sul riscontro accertato e sull'impianto contrattuale fondato sul trasferimento del rischio in capo al privato secondo le prescrizioni dettate da Eurostat in sede europea⁴³⁸. Il contratto di disponibilità è stato disciplinato autonomamente nonostante esso sia di fatto una variante della locazione finanziaria, che va sotto il nome di *leasing* operativo, e dunque non appariva così necessario prevederne una fattispecie contrattuale distinta. A proposito del contratto di disponibilità quale forma di PPP, è possibile affermare che l'approccio del legislatore davanti a tale istituto è stato teso ad una ipertrofia di normazione, ad una iper regolazione ed eccessiva tipizzazione dell'istituto e delle connesse procedure di affidamento (ma lo stesso vale anche per altre forme più emblematiche e significative del PPP quale ad esempio la finanza di progetto) con il risultato di ottenere un'attività legislativa complessa e imprecisa che rende controversa l'interpretazione e difficoltosa l'applicazione facendo riemergere quella tensione sempre latente tra discrezionalità e legalità rigidamente intesa, ovvero tra una libertà seppure vincolata riconosciuta alle pubbliche amministrazioni per accrescere l'efficacia e l'efficienza dell'attività amministrativa nel perseguimento dell'interesse pubblico ed una concezione rigida della legalità, imperniata sul tentativo di procedimentalizzare oltremodo le procedure previste per l'aggiudicazione dei contratti pubblici, sul presupposto che il margine di scelta riconosciuto alle amministrazioni pubbliche sia un pericolo e non una risorsa⁴³⁹.

Un'altra figura giuridica sulla quale la dottrina si è ampiamente confrontata circa la sua possibile classificazione nell'ambito del PPP⁴⁴⁰, è quella

⁴³⁷ A. Di Giovanni, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, cit., 110 la quale osserva che nel contratto di disponibilità «(...) non vi è una condivisione pubblico-privata nella individuazione dell'interesse comune, che viene scelto dall'amministrazione e realizzato dal privato; non vi è una condivisione progettuale dato che l'iter approvativo della progettazione è nella piena disponibilità e responsabilità del privato che resta proprietario dell'opera; non vi è una ripartizione dei rischi, come richiesta dal diritto comunitario, essendo tutti a carico del soggetto privato; ma soprattutto, si è di fronte ad una sinallagma contrattuale in cui il soggetto privato realizza l'opera individuata dal soggetto pubblico e gliela concede in uso a fronte di un corrispettivo, che consiste nel canone, seppure variabile ma sempre garantito al minimo».

⁴³⁸ G. Fidone, *Dalla locazione finanziaria al contratto di disponibilità: l'evoluzione del contratto di leasing immobiliare pubblico*, cit., 1059.

⁴³⁹ G. Fidone, *Dalla locazione finanziaria al contratto di disponibilità: l'evoluzione del contratto di leasing immobiliare pubblico*, cit., 1069 ss.

⁴⁴⁰ Contro la classificazione dell'affidamento unitario a contraente generale nel novero del PPP si veda R. Di Pace, *Partenariato pubblico-privato e contratti atipici*, cit., 48 per il quale esso mancherebbe sia il trasferimento del rischio al privato sia la remunerazione dell'investimento

dell'affidamento unitario a contraente generale prevista inizialmente dalla legge 21 dicembre 2001, n. 443, cd. Legge Obiettivo, che, al fine di snellire e ad accelerare i tempi di realizzazione delle opere pubbliche strategiche, ha delegato il Governo a definirne la relativa disciplina con l'intento di introdurre nell'ordinamento giuridico una forma alternativa all'appalto di lavori quale strumento contrattuale. Successivamente, il d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190 (come modificato dal d.lgs. n. 189/2002) ha delineato il profilo e le modalità operative del *general contractor*⁴⁴¹. Tale disciplina è stata poi trasposta nel vecchio Codice (in particolare nel Capo IV del Titolo III, della Parte II, agli artt. 162⁴⁴², 172, 173 e 176). La collocazione scelta del legislatore nell'ambito del vecchio Codice aveva rivelato l'intenzione di relegare l'affidamento a contraente generale nell'ambito dei lavori pubblici concernenti opere infrastrutturali e strategiche unitamente alla

mediante gestione funzionale dell'opera. Una posizione più problematica che invita a cogliere l'istituto nella sua specifica e concreta applicazione al fine di accertare se con tale strumento il legislatore abbia inteso avviare una diversa impostazione nella collaborazione pubblico-privata è invece stata espressa da E. Picozza, *Le concessioni, il general contractor e la finanza di progetto*, in M.P. Chiti (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna, 2005, 64 secondo cui «l'istituto del contraente generale - che pure si presenta in linea generale ed astratta - come una delle figure più rispondenti allo sviluppo dinamico del partenariato, in realtà appare "ingessato" dalla legislazione di dettaglio emanata per le grandi opere ed infrastrutture, la quale si preoccupa di salvaguardare più gli aspetti formali della negoziazione che i contenuti di risultato». In dottrina è stata sostenuta, per l'affidamento unitario a contraente generale, la qualificazione di contratto misto si veda tra tutti F. Pellizer, *I contratti per la realizzazione di lavori pubblici. Strumenti tipici previsti dall'ordinamento generale e legislazione settoriale*, in F. Mastragostino (a cura di), *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007, 58. Vi è stato anche chi come C.E. Gallo, *Il contraente generale*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008, vol. IV, 2802, qualificava tale modello come contratto di appalto di lavori pubblici. Alcuni come M. Basile, voce *General contractor*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, 310 hanno sostenuto essere l'affidamento a contraente generale un terzo tipo di appalto in cui l'oggetto sia «l'esecuzione con qualsiasi mezzo» di un'opera conforme alle esigenze manifestate dal soggetto aggiudicatore, e che si distingue dall'appalto di primo tipo in cui l'oggetto è solo l'esecuzione dell'opera, come la costruzione di sola costruzione, ed a quello di secondo tipo in cui in cui l'oggetto corrisponde sia a progettazione sia a costruzione dell'opera medesima.

⁴⁴¹ Ciò è avvenuto mediante la disposizione di cui all'art. 6 (modalità di realizzazione delle infrastrutture con affidamento al contraente generale), all'art. 9 (affidamento a contraente generale) e all'art. 10 (procedura di aggiudicazione al contraente generale), a cui hanno fatto seguito gli articoli del Capo II-bis, relativo alla qualificazione dei contraenti generali (dall'art. 20-bis al 20-undecies) introdotti dal d.lgs. n. 9/2005 istitutivo di un sistema di qualificazione dei contraenti generali delle opere strategiche, distinto dal sistema di qualificazione delle imprese meramente esecutrici di lavori pubblici. Prima dell'introduzione dell'affidamento a contraente generale la l. n. 109/1994 c.d. Legge Merloni, prevedeva due modalità di realizzazione di opere pubbliche: l'appalto e la concessione di costruzione e gestione. Il legislatore aveva quindi provveduto ad introdurre, in conformità a quanto prevedeva il diritto europeo la figura del *general contractor*, da intendersi quale soggetto deputato alla realizzazione complessiva dell'opera, in modo tale da assicurare all'amministrazione committente la realizzazione del lavoro "chiavi in mano".

⁴⁴² Cfr. art. 162 comma 1 lett. g) d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 «affidamento a contraente generale è il contratto di cui all'articolo 3, comma 7, con il quale viene affidata la progettazione e realizzazione con qualsiasi mezzo di una infrastruttura rispondente alle esigenze specificate dal soggetto aggiudicatore».

concessione di opere pubbliche confermando la natura derogatoria rispetto alla disciplina generale⁴⁴³. Tale istituto è ora disciplinato dal nuovo Codice (nel Titolo II della Parte IV agli artt. da 194 a 199) e la scelta del legislatore di collocarlo nella Parte IV insieme al PPP e non nella Parte V dedicata, invece, alle infrastrutture ed insediamenti prioritari, ha reso manifesto l'orientamento di rendere funzionale tale strumento non solo per le opere infrastrutturali e strategiche le quali possono comunque essere affidate a mezzo di contraente generale in base all'art. 200 bensì per opere pubbliche che non rivestono la qualifica strategica e infrastrutturale. Tale ampliamento, in termini di utilizzo, dell'affidamento a *general contractor* probabilmente discende da una presa d'atto da parte del legislatore il quale ha riscontrato una rilevanza attenuata del dato statistico relativo al ricorso a tale istituto per la realizzazione di grandi opere che nell'esperienza italiana è stato circoscritto all'affidamento di contratti relativi ad opere per l'alta velocità ferroviaria. L'obiettivo di tale collocazione diversa rispetto a quella effettuata nel Codice previgente, segnala l'obiettivo di accrescere il ricorso all'istituto dell'affidamento unitario a contraente generale al fine di incentivare la collaborazione pubblico-privato, traslando l'onere finanziario circa l'esecuzione delle opere sul soggetto privato e sgravando così il bilancio pubblico⁴⁴⁴. Attraverso tale strumento giuridico utile ai fini della realizzazione delle infrastrutture ai sensi dell'art. 194 «il soggetto aggiudicatore affida ad un soggetto dotato di adeguata capacità organizzativa, tecnico-realizzativa e finanziaria la realizzazione con qualsiasi mezzo dell'opera, nel rispetto delle esigenze specificate nel progetto definitivo redatto dal soggetto aggiudicatore e posto a base di gara, ai sensi dell'articolo 195, comma 2, a fronte di un corrispettivo pagato in tutto o in parte dopo l'ultimazione dei lavori». L'affidamento unitario a contraente generale ha ad oggetto la predisposizione del progetto esecutivo (nella versione del vecchio Codice ai sensi degli artt. 176 e 177 al contraente generale era demandato anche il progetto definitivo, ove il medesimo non fosse già stato posto a base di gara)⁴⁴⁵ l'acquisizione delle aree di

⁴⁴³ Cfr. art. 173 comma 1 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 «In deroga alla previsioni di cui all'art. 53, la realizzazione di infrastrutture è oggetto di: a) concessione di costruzione e gestione; b) affidamento a contraente generale».

⁴⁴⁴ M. Perrone, A. M. Benedetto, *Il contraente generale (artt. 194-199)*, in M. Corradino, S. Sticchi Damiani (a cura di), *I nuovi appalti pubblici. Commento al D.Lgs 18 aprile 2016, n. 50*, Milano, 2017, 717-718.

⁴⁴⁵ Cfr. art. 1 comma 3 lett. oo) l. 28 gennaio 2016, n. 11 che aveva introdotto il principio a favore dell'esclusione dell'affidamento dei lavori sul presupposto della sola progettazione di livello preliminare. Tale opzione è stata fatta propria dal legislatore in via autonoma, in quanto le direttive

sedime, l'esecuzione con qualsiasi mezzo, il prefinanziamento totale o parziale, l'indicazione al soggetto affidatario piano degli affidamenti, delle espropriazioni, delle forniture di materiale e di tutti gli altri elementi utili a prevenire le infiltrazioni della criminalità. Il vecchio Codice degli appalti, con riferimento alla figura dell'affidamento unitario a contraente generale, all'art. 3 comma 15-ter annoverava tali operazioni all'interno del PPP soltanto qualora «il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi»⁴⁶. Il nuovo Codice all'art. 3 comma 1 lett. eee) operando un salto di qualità nella definizione dei contratti di PPP richiama l'affidamento «(...) a uno o più operatori economici (...) un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità (...) con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore». Già la versione del vecchio Codice circoscrivendo i casi di affidamento a contraente generale alle ipotesi sopraindicate aveva permesso un processo di avvicinamento di tale istituto al PPP anche se permaneva uno sbilanciamento a favore del soggetto pubblico, nel quadro di un rapporto a tutti gli effetti sinallagmatico, non comportando l'assunzione del rischio da parte del privato né il trasferimento del rischio al

in sé non stabiliscono limiti all'affidamento contestuale di progettazione ed esecuzione ad un medesimo soggetto ed in particolare con riferimento alla figura del *general contractor*. Pertanto in base alla lettera più stringente della legge delega il contraente generale non ha più la titolarità della direzione lavori né i compiti del RUP e non espleta più la progettazione definitiva, bensì soltanto quella esecutiva.

⁴⁶ Come ha opportunamente osservato A. Di Giovanni, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, cit., 96-97, quest'ultima previsione sicuramente aveva consentito un avvicinamento di tale istituto al PPP, anche se non è riuscita ad astrarlo dalla tradizionale collaborazione di tipo negoziale sinallagmatica fortemente sbilanciata a favore dell'amministrazione aggiudicatrice, atteso che in quella fattispecie si configurava «il pagamento del corrispettivo per l'esecuzione dell'opera posticipato e collegato non alla realizzazione ma alla disponibilità dell'opera per il committente o per gli utenti terzi». La previsione di cui all'art. 3 comma 15-ter del vecchio Codice dei contratti pubblici «non comporta un'assunzione di rischio da parte del contraente generale, né un trasferimento del rischio relativo alla esecuzione, come nel caso del concessionario che si remunera attraverso la gestione, ma semplicemente una tutela maggiore del rischio che permane in capo al soggetto pubblico, attraverso il collegamento della remunerazione all'ultimazione dei lavori, come previsto dal comma 1 dell'art. 147, bensì alla disponibilità dell'opera. Il rischio di disponibilità (...) non equivale al rischio di gestione. Infatti mentre il primo è pur sempre collegato al momento di realizzazione dell'opera ed alla correlativa fruibilità della medesima da parte del committente (...) il secondo attiene alla vita dell'opera ed alla sua capacità o meno (alea) di autoremunerarsi». In senso contrario si è espresso invece G. F. Cartei, *Le varie forme di partenariato pubblico-privato. Il quadro generale*, cit., 9 il quale ha asserito a riguardo della disposizione di cui all'art. 3 comma 15-ter del vecchio Codice che essa «(...) sembra alludere alle funzionalità/idoneità effettive ed attuali dell'opera ad erogare i servizi secondo modalità e gli standard di qualità pattuiti dalle parti nella convenzione. In tale nodo, la disponibilità dell'opera è concetto profondamente correlato alla capacità della stessa di garantire una gestione efficace».

medesimo per quanto riguarda l'esecuzione. Il nuovo Codice pur ampliando il novero delle possibilità per poter fare ricorso al *general contractor*, nella speranza di rivitalizzare tale istituto, non ha ancora posto rimedio ad alcune questioni che minano fortemente l'utilizzo di tale fattispecie contrattuale, primo fra tutti la decisione di sottrarre al contraente generale la progettazione definitiva dell'opera, il quale dunque sarà costretto a dare attuazione ad un progetto predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice, accollandosi tutto il peso finanziario dell'operazione⁴⁴⁷. Tale circostanza non rende sicuramente appetibile al privato tale forma di intervento per la realizzazione di opere pubbliche perché esso sarà estromessa dall'ideazione progettuale dell'opera ma dovrà parimenti soggiacere alle scelte dell'amministrazione anticipando però l'esborso finanziario per la realizzazione dell'opera stessa.

2.6. (segue) interventi di sussidiarietà orizzontale, baratto amministrativo e cessione di immobili in cambio di opere.

Nel nuovo testo del Codice dei contratti pubblici e delle concessioni, hanno trovato sistemazione per la prima volta nel panorama giuridico nazionale⁴⁴⁸, alcune figure giuridiche, che sfuggono alle classiche relazioni tra parte pubblica e soggetti privati, tendenzialmente assimilabili a forme di PPP contrattuale⁴⁴⁹. Il riferimento è agli interventi di sussidiarietà orizzontale (art. 189), al baratto amministrativo (art. 190) ed infine alla cessione di immobili in cambio di opere (art. 191). Le prime due fattispecie sono espressione compiuta del modello di amministrazione consensuale fondati sulla collaborazione partecipata e interattiva tra pubblico e privato. Gli interventi di sussidiarietà orizzontale individuano

⁴⁴⁷ M. Perrone, A. M. Benedetto, *Il contraente generale (artt. 194-199)*, op. cit.

⁴⁴⁸ In realtà il baratto amministrativo risultava già presente nell'ordinamento giuridico interno in quanto previsto dall'art. 24 del d.l. 12 settembre 2014, n. 133 convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164 prevedendo che «I Comuni possono definire i criteri e le condizioni per la realizzazione di interventi su progetti presentati da cittadini singoli e associati, purché individuati in relazione al territorio da riqualificare. Gli interventi possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade ed in genere la valorizzazione di una limitata zona del territorio urbano o extraurbano. In relazione alla tipologia dei predetti interventi i Comuni possono deliberare riduzioni o esenzioni di tributi inerenti al tipo di attività posta in essere. L'esenzione è concessa per un periodo limitato, per specifici tributi e per attività individuate dai Comuni, in ragione dell'esercizio sussidiario dell'attività posta in essere». Anche la cessione di immobili in cambio di opere era in parte richiamata in via più sfumata dall'art. 53 commi 6 e ss. del vecchio Codice dei contratti pubblici che prevedeva la “cessione di immobili a titolo di corrispettivo delle concessioni” e la permuta di immobili al fine di remunerare i lavori pubblici.

interventi perlopiù effettuati su aree ospitanti verde pubblico urbano e immobili di derivazione rurale «riservati alle attività collettive sociali e culturali di quartiere» Questi beni possono divenire oggetto di affidamento in gestione per quanto attiene ai servizi di manutenzione a favore di consorzi di cittadini residenti. Per la realizzazione di opere d'interesse locale, «gruppi di cittadini organizzati» possono avanzare agli enti locali «proposte operative di pronta realizzabilità», esplicitando costi e mezzi di finanziamento. Tali opere, se realizzate sono acquisite a titolo originario al patrimonio indisponibile dell'ente locale competente. Inoltre la realizzazione di dette opere, non implica oneri fiscali aggiuntivi per il soggetto attuatore e le spese ai fini della presentazione delle proposte e parimenti al realizzazione delle opere stesse, sono oggetto di parziale detrazione dall'imposta sul reddito gravante sui soggetti che le hanno fatte proprie.

Con riferimento al baratto amministrativo, al comma 1 dell'art. 190 viene previsto che gli enti territoriali definiscono mediante apposita delibera i criteri e le condizioni ai fini della realizzazione di contratti di partenariato sociale, in base a progetti avanzati da cittadini singoli o associati, nell'ambito di un preciso ambito territoriale. Tali contratti possono avere ad oggetto la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze, strade nonché la valorizzazione di determinate aree attraverso iniziative di tipo culturale finalizzate al recupero e riuso con finalità d'interesse generale di aree e beni immobili inutilizzati o alla realizzazione di interventi diretti al ripristino del decoro urbano. In relazione agli interventi gli enti territoriali possono prevedere «(...) riduzioni o esenzioni di tributi corrispondenti al tipo di attività svolta dal privato o dalla associazione ovvero comunque utili alla comunità di riferimento in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa».

Per quanto concerne la cessione di immobili in cambio di opere l'art. 191 specifica che la realizzazione di queste ultime possa prevedere a titolo di corrispettivo il «trasferimento all'affidatario della proprietà di beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice» i quali « non assolvono più, secondo motivata valutazione della amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore, funzioni di pubblico interesse». Anche i beni inclusi in programmi di dismissione e non ancora ceduti possono essere oggetto di trasferimento ed il

⁴⁰ G. Santi, *Il Partenariato contrattuale*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, 2014, 243 ss.

bando di gara dovrà prevedere che il trasferimento della proprietà dell'immobile e l'immissione in possesso avvengano in un periodo precedente a quello del termine dei lavori, previa presentazione di polizza fideiussoria idonea per un valore pari al valore dell'immobile oggetto di trasferimento.

CAPITOLO III

Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali e le fattispecie collaborative nel settore universitario, della ricerca e della sanità.

3.1. La Pubblica amministrazione tra capacità di diritto privato mediante moduli societari e principio di funzionalizzazione dell'attività amministrativa.

Il riconoscimento della piena e legittima capacità di diritto privato delle amministrazioni pubbliche operato prima dalla giurisprudenza⁴⁵⁰ e poi consacrato dal legislatore all'art. 1 comma 1-*bis* della l. 7 agosto 1990, n. 241 (introdotto dalla novella del 2005⁴⁵¹), non esclude l'esistenza di limiti presenti all'estensione di tale autonomia in termini negoziali, i quali sono emanazione in senso lato del principio di funzionalizzazione⁴⁵² elemento indefettibile ed immanente all'attività amministrativa. Tali limiti sono stati talvolta prospettati dalla giurisprudenza amministrativa, valorizzando un profilo di specialità che strutturalmente

⁴⁵⁰ Cons. St., sez. V, 14 dicembre 1988, n. 818 che ha evidenziato con riferimento alla costituzione di una società per azioni a partecipazione comunale deputata al servizio di trasporto pubblico come «la capacità negoziale dei Comuni ha carattere generale e può essere circoscritta o esclusa solo in forza di specifiche disposizioni e non anche per quelle attività di competenza comunale per le quali la legge indica i relativi sistemi di gestione». Al fine peraltro di legittimare tale capacità anche con riguardo al ricorso di contratti atipici la giurisprudenza del Cons. St., sez. VI, 4 dicembre 2001, n. 6073 ha confermato l'esclusione in astratto «di una limitazione di carattere generale all'autonomia contrattuale dell'amministrazione» confermata dal «sempre maggiore utilizzo di strumenti privatistici al fine della realizzazione di bisogni generali di rilievo pubblicistico». In tale senso si veda anche Cons. St., Ad. plen., 18 giugno 2002, n. 6.

⁴⁵¹ Cfr. l. 11 febbraio 2005, n. 15, che ha introdotto il nuovo comma 1-bis all'art. 1 introducendo il principio generale secondo cui l'amministrazione pubblica agisce secondo il diritto privato, salvo che la legge disponga diversamente, nell'adozione di atti di natura non autoritativa. Come emerge anche dal dibattito parlamentare (Cfr. la relazione presentata dalla I Commissione della Camera dei Deputati una volta concluso l'esame in sede referente A.C. 3890-A), questa opzione mira al superamento del dogma che storicamente attribuiva all'amministrazione il dovere di agire esclusivamente mediante poteri autoritativi e atti unilaterali; in tal senso, la norma si inquadra nelle moderne tendenze finalizzate a preferire un modello paritario e non gerarchico nei rapporti tra i cittadini e le amministrazioni. La disposizione è stata più volte riformulata nel corso dell'esame parlamentare, oscillando tra la mera possibilità che l'amministrazione utilizzi, per il perseguimento dei propri fini istituzionali di cura dell'interesse pubblico, gli strumenti del diritto pubblico o quelli del diritto privato, e un più esplicito *favor* verso il ricorso in via generale agli strumenti del diritto privato. La formulazione finale, pur chiarendo che resta escluso il ricorso alle norme del diritto privato per gli atti di natura autoritativa e per quelli per i quali la legge stabilisce diversamente, opta in favore dell'utilizzo di tali norme in tutti gli altri casi.

⁴⁵² Si veda tra tutti F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo. Parte Generale*, Padova, 1996; M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit.; E. Bruti Liberati, *Consenso e funzione nei contratti di diritto privato*, Milano, 1996; S. Civitarese, S.

caratterizzerebbe la capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni in relazione a quella riconosciuta ai soggetti privati⁴⁵³. In ogni caso, la giurisprudenza di legittimità ha continuato a richiamare nelle propri pronunce che, tanto i soggetti pubblici, quanto i soggetti privati detengono la medesima capacità giuridica e dunque «la p.a. può porre in essere contratti di diritto privato in assenza di specifici divieti»⁴⁵⁴. A conferma di ciò, si possono riscontrare taluni orientamenti giurisprudenziali che, a contrario tenderebbero a stabilire limitazioni alla capacità di diritto pubblico dei soggetti pubblici in taluni materie.⁴⁵⁵ Il tema dell'estensione della capacità giuridica in termini di autonomia negoziale ha riguardato non tanto e non solo l'ambito dei contratti tipici⁴⁵⁶, bensì anche quello dei contratti innominati, misti⁴⁵⁷ ed atipici. Questi ultimi, in particolare, secondo autorevole dottrina, troverebbero nella funzionalizzazione dell'attività negoziale pubblica il proprio presupposto logico, segnalando la sussistenza di un nesso inscindibile tra vaglio circa la meritevolezza degli interessi perseguiti mediante lo strumento contrattuale ed il principio di funzionalizzazione dell'attività amministrativa⁴⁵⁸. La

Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997.

⁴⁵³ Cons. St., sez. V, 13 novembre 2002, n. 6281, per il quale «al di fuori dei limiti seganti dalle norme dell'ordinamento di settore che fissano le regole che le amministrazioni devono seguire nel contratto non vi è (...) capacità di agire di diritto privato, che possa essere utilmente esercitata dall'amministrazione». In altre pronunce quali ad esempio Cons. St., sez. v, 1 marzo 2010, n. 1156 è stato affermato che la capacità di diritto privato per i soggetti pubblici «sussiste solo quando sia esercitata conformemente alle procedure definite dal legislatore per il perseguimento di finalità di pubblico interesse». Infine anche la Cass., civ., Sez. Un., 16 aprile 2009, n. 8987 ha messo in luce che «benché la p.a., nel suo operare negoziale, si trovi su un piano paritetico a quello dei privati, ciò non significa che vi sia una piena ed assoluta equiparazione della sua posizione a quella del privato, poiché l'Amministrazione è comunque portatrice di un interesse pubblico cui il suo agire deve in ogni caso ispirarsi».

⁴⁵⁴ Così Cass., civ., Sez. Un., 12 maggio 2008, n. 11656.

⁴⁵⁵ Così TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 17 maggio 2016, n. 1204 secondo cui «un bene immobile appartenente al patrimonio disponibile del Comune può essere assegnato in godimento a terzi solo attraverso negozi di diritto privato, e non già tramite un provvedimento amministrativo di concessione».

⁴⁵⁶ Cons. St., sez. III, 11 maggio 1999, n. 596 secondo cui non potrebbe negarsi alle persone giuridiche siano esse pubbliche o private «la possibilità di avvalersi di tutti i contratti disciplinati dal codice civile».

⁴⁵⁷ Cons. St., sez. VI, 4 dicembre 2001, n. 6073 che pur asserendo per le amministrazioni pubbliche il dovere di «(...) operare nei limiti consentiti dalla legge, alcuna disposizione vieta alla stesse di operare anche con contratti atipici».

⁴⁵⁸ In questo senso M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., 39 ss. ad avviso del quale la funzionalizzazione è da intendersi quale nesso inscindibile tra ente pubblico e finalità anch'esse parimenti pubbliche, le quali preesistono all'ente stesso e che sono da riferirsi all'ente e non agli strumenti. Da ciò discenderebbe l'irrelevanza della natura pubblica o privata degli strumenti in rapporto alla funzionalizzazione dell'attività posta in essere dall'amministrazione pubblica. Pertanto la funzionalizzazione che investe l'attività dei poteri amministrativi «(...) non viene intaccata in alcun modo dall'utilizzo dei modelli privatistici in luogo del tradizionale strumento provvedimentale. Se poi si considera che essa non costituisce che una manifestazione del principio di legalità (legalità-indirizzo), ne discende, in maniera del tutto logica e naturale, che è proprio la legalità-indirizzo a non subire alcun intervento invasivo per

libertà negoziale dei soggetti pubblici è stata conculcata negli ultimi anni, mediante l'apposizione di limiti normativi riferiti alla possibilità di stipulare contratti passivi⁵⁹, all'obbligo di avvalersi nell'acquisizione di beni e servizi delle centrali di committenza di acquisto⁶⁰. Infine, gli interventi del legislatore, almeno fino all'emanazione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, che ha riformato organicamente l'intera materia, sono stati caratterizzati perlopiù dal divieto di intraprendere iniziative economiche, segnatamente nella forma di acquisizione di partecipazione o

conto dell'adozione dei moduli civilistici d'azione. Si è parlato di *minimum* pubblicistico, per descrivere il fenomeno». E' da sottolineare come vi sia stata negli anni una riduzione dell'area dell'atipicità assoluta per via dell'intervento del legislatore che ha normato alcune fattispecie negoziali atipiche come ha osservato M. Dugato, *I contratti misti come contratti atipici*, in F. Mastragostino (a cura di), *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007, 71 secondo il quale la riduzione dell'area dell'atipicità intesa in senso assoluto è dovuta alla tendenza manifestata nell'ambito dei contratti pubblici da un lato ad introdurre elementi di atipicità all'interno dei contratti tipici e dall'altro a rendere tipici mediante interventi legislativi la disciplina di contratti atipici. Sul tema dell'atipicità nell'attività contrattuale dell'amministrazione pubblica si veda anche R. Di Pace, *Partenariato pubblico-privato e contratti atipici*, cit.

⁵⁹ Il caso più emblematico riguarda le spese relative a sponsorizzazioni veniva espressamente vietato ai sensi dell'art. 6 comma 9 d.l. 31 maggio 2010, n. 78 convertito in l. 30 luglio 2010, n. 122 per le amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato così come redatto dall'ISTAT a decorrere dal 2011. Un altro esempio eloquente nel senso predetto è relativo alla previsione del divieto ai sensi dell'art. 3 comma 17 del d.l. 25 settembre 2001, n. 351 convertito in l. 23 novembre 2001, n. 410, per gli enti pubblici di rendersi acquirenti di beni immobili in via di dismissione da parte di società di cartolarizzazione all'uopo costituite per fini di valorizzazione di patrimonio immobiliare pubblico. Coerente con tale previsione è anche la norma di cui all'art. 12 comma 1 d.l. 6 luglio 2011, n. 98 convertito in l. 15 luglio 2011, n. 111 e s.m.i. che imponeva a partire dal 2012 la verifica, relativamente le amministrazioni pubbliche inserite nell'elenco ISTAT, con alcune eccezioni, del rispetto dei saldi strutturali di finanza pubblica cui risultava subordinata la stipulazione di acquisto e vendita di immobili. La successiva previsione di cui al comma 1-quater imponeva agli enti locali il divieto di ricorrere alla stipulazione di contratti di compravendita per l'acquisizione di immobili né di locazione passiva con alcune eccezioni. Altre previsioni riguardavano il divieto espresso per spese finalizzate all'acquisto o al *leasing* di autovetture di cui all'art. 1 comma 143 l. 24 dicembre 2012, n. 228 e per contratti di collaborazione organizzare dal committente inizialmente previsto all'art. 2 comma 4 d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 e poi abrogato per quanto riguarda le amministrazioni pubbliche a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75 emanato in attuazione della l. 7 agosto 2015, n. 124.

⁶⁰ Da ultimo si vedano art. 1 commi da 420 a 423 della l. 11 dicembre 2016, n. 232 c.d. Legge di Stabilità 2017 che riguardano la disciplina circa l'obbligo, a carico delle pubbliche amministrazioni, di procedere ad acquisizioni di beni e di servizi in forma centralizzata. In particolare la novella di cui al comma 421 integra la disciplina sull'obbligo (introdotto dall'art. 1 comma 449 della l. 27 dicembre 2006, n. 296) di ricorrere a Consip S.p.A. o ad altri soggetti aggregatori (iscritti nell'apposito elenco) per le acquisizioni di beni e servizi, posto a carico delle amministrazioni statali centrali e periferiche (ad esclusione degli istituti e scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie) nonché delle regioni, degli altri enti territoriali e locali e degli enti del Servizio sanitario nazionale. Come ha opportunamente chiarito F. Cortese, *L'ambito soggettivo di applicazione*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017, 85 il percorso di affermazione di CONSIP quale soggetto aggregatore della domanda pubblica «(...) non è stato lineare, dal momento che il ruolo della CONSIP ha conosciuto fasi di più intenso successo, seguite da fasi di vera e propria crisi, superate, da ultimo, da un momento di ritrovata primazia, specialmente in coincidenza con quelle che si potrebbero definire come le recenti "riforme della crisi". E' necessario evidenziare, ad ogni modo, che questa assenza di traiettorie chiare e costanti è sempre stata determinata dalle oscillazioni contingenti delle più diverse esigenze di contenimento della spesa pubblica».

costituzione *ex novo* di società o altri strumenti di diritto privato⁴¹, che esponevano le amministrazioni pubbliche sul piano finanziario, gravando sull'indebitamento pubblico e determinando parimenti l'accollo dei relativi rischi. In definitiva, l'atteggiamento mantenuto dal legislatore in questo frangente, volto principalmente a sottoporre a stringenti controlli l'esercizio della capacità di diritto privato dell'amministrazione pubblica, ha rivelato in modo innegabile che il legislatore stesso si fosse preoccupato «(...) non già della compatibilità astratta di un determinato negozio con il fine dell'ente e con l'interesse pubblico, ma essenzialmente dell'esigenza di contenere e razionalizzare la spesa pubblica: il problema dell'autonomia negoziale è divenuto, quindi, strumento e veicolo per contenere (e controllare) i flussi finanziari in uscita e in entrata delle

⁴¹ Fino all'approvazione della c.d. Legge di Stabilità 2014 (l. 27 dicembre 2013, n. 147), che, ha abrogato gran parte delle disposizioni volte, in qualche modo, a impedire la costituzione e/o la partecipazione degli enti locali a società, i vincoli alla costituzione di nuova società o all'acquisizione di partecipazioni societarie erano alquanto stringenti. Inizialmente con l'art. 3 comma 27 della l. 24 dicembre 2007, n. 244, si prevedeva che le pubbliche amministrazioni potessero costituire o mantenere partecipazioni in società, aventi ad oggetto la produzione di beni e servizi, solo se strettamente necessarie al perseguimento delle proprie finalità istituzionali ovvero se impiegate nella produzione di servizi di interesse generale. Successivamente con il d.l. 31 maggio 2010, n. 78 all'art. 14 comma 32 si disponeva che i comuni aventi popolazione inferiore a 30.000 abitanti non potessero costituire società con l'obbligo aggiuntivo di cedere le partecipazioni detenute salvo il caso di società con i conti in equilibrio negli ultimi tre anni di esercizio e l'obbligo per i Comuni aventi popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti di mantenere soltanto la partecipazione in una società. Infine il divieto stabilito all'art. 6 comma 19 del d.l. 78/2010 (ora abrogato dall'art. 29 del d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100 Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica) così come modificato dalla l. 28 dicembre 2015, n. 208 c.d. Legge di Stabilità 2016 di effettuare aumenti di capitali, trasferimenti straordinari, aperture di credito, né rilasciare garanzie a favore delle società partecipate non quotate che avessero utilizzato per tre esercizi consecutivi, perdite di esercizio ovvero che avessero utilizzato riserve disponibili per il ripianamento di perdite anche infrannuali. A seguito dell'emanazione della c.d. Legge di Stabilità 2014 (art. 1 comma 561) sono state abrogate le predetta norma di cui all'art. 14 comma 32 del d.l. n. 78/2010, insieme ad altre disposizioni quali l'art. 4 d.l. 6 luglio 2012, n. 95, dichiarata costituzionalmente illegittima dalla sentenza n. 229/2013 della Consulta, e che prevedeva l'obbligo, per gli enti locali, di dismissione le società strumentali che nell'anno precedente avessero registrato almeno il 90% del fatturato a favore della pubblica amministrazione e l'art. 9 d.l. n. 95/2012, limitatamente ai commi dall'1 al 7, già in parte superate dalla sentenza della Corte costituzionale n. 296/2013, che imponevano (anche) agli enti locali la soppressione, l'accorpamento o la riduzione dei relativi oneri finanziari in misura non inferiore al 20% di enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica e che stabilivano il divieto (anche) per gli enti locali di costituirne di nuovi. In questo quadro la c.d. Legge di Stabilità 2014 imponeva alle società pubbliche di concorrere "alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, perseguendo la sana gestione dei servizi secondo criteri di economicità ed efficienza" (art. 1, comma 553). Erano previste misure specifiche per gli organismi societari finalizzate al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica (art. 1 commi 551, 552), venivano fissati criteri per la dismissione obbligatoria, liquidazione e/o scioglimento di quelle con i bilanci in perdita (art. 1 commi 554, 555), infine venivano introdotte disposizioni in materia di mobilità del personale delle società (art. 1 commi da 563 a 568-ter). Fermo restando il quadro descritto, la l. 23 dicembre 2014, n. 190 c.d. Legge di Stabilità 2015 aveva poi introdotto all'art. 1 commi da 611 a 614 un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie dirette o indirette da parte delle amministrazioni locali.

amministrazioni pubbliche»⁴⁶². A corroborare tale *ratio legis*, di stampo perlopiù economicistico, è intervenuto il Consiglio di Stato⁴⁶³ che, riprendendo un *dictum* della Corte Costituzionale del 1995, ha valorizzato il nesso inscindibile che permane tra attività contrattuale e valutazione di compatibilità, sia in termini patrimoniali sia finanziari in quanto la prima risulta incidente tanto nella definizione della consistenza patrimoniale quanto nella generazione di flussi finanziari attivi e passivi idonei ad alterare il profilo gestionale. Le limitazioni in ordine alla disciplina delle modalità e delle finalità di utilizzo prevalentemente riferite al negozio societario⁴⁶⁴, apposte dal legislatore hanno vulnerato la capacità negoziale delle amministrazioni pubbliche, ponendo al vaglio dell'obbligo di tutela della concorrenza e di rispetto dei vincoli di finanza pubblica⁴⁶⁵, il principio di libertà d'iniziativa economica sancito all'art. 41 Cost. A conferma di questo *trend* legislativo dettato più da esigenze contingenti di contenimento della spesa nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica, militano alcune previsioni tendenti non solo a comprimere l'autonomia negoziale delle pubbliche amministrazioni, bensì anche la quella delle società a partecipazione pubblica, che rimangono formalmente soggetti privatistici⁴⁶⁶. A tutela della concorrenza era stata prevista,

⁴⁶² Così A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 120.

⁴⁶³ Cons. St., sez. III, 23 gennaio 2014, n. 344 che, riprendendo Corte Cost. 28 luglio 1995, n. 416, si è espresso in tema di spesa sanitaria sancendo che il rapporto tra autonomia negoziale dell'amministrazione pubblica e limiti alle disponibilità finanziarie è retto dal «(...) principio della programmazione della spesa, allo scopo del suo contenimento e razionalizzazione, sicché l'autonomia negoziale non può che essere correlata alle disponibilità finanziarie e non può prescindere dalla limitatezza delle risorse e dalle esigenze di risanamento del bilancio nazionale».

⁴⁶⁴ Le limitazioni di ordine legislativo riguardavano talvolta anche altri strumenti privatistici come nel caso della previsione di cui all'art. 9 comma 6 d.l. n. 95/2012 (successivamente abrogato dall'art. 1 comma 562, lett. a), l. n. 147/2013) secondo cui era «fatto divieto agli enti locali di istituire enti, agenzie e organismi comunque denominati e di qualsiasi natura giuridica, che esercitino una o più funzioni fondamentali e funzioni amministrative loro conferite ai sensi dell'art. 188, della Costituzione». Invero una previsione che legittimava la possibilità di costituire fondazioni di diritto privato speciale era stata riservata alle Università, in base all'art. 59 comma 3 l. 23 dicembre 2000, n. 388, recepita a livello regolamentare nell'art. 2 del d.P.R. 24 maggio 2001, n. 254, per il perseguimento di attività strumentali e di supporto alla ricerca per il miglioramento dell'acquisizione di beni e servizi.

⁴⁶⁵ Il d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100 all'art. 1 comma 2 specifica che le norme in esso contenute «(...) sono applicate avendo riguardo all'efficiente gestione delle partecipazioni pubbliche, alla tutela e alla promozione della concorrenza e del mercato, nonché alla razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica».

⁴⁶⁶ I vincoli normativi sull'autonomia in termini organizzativi e di gestione del personale delle società a partecipazione pubblica sono previsti rispettivamente agli artt. 6 e 19 del d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100 Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica. I vincoli erano stati apposti non solo alle società pubbliche in senso lato, bensì anche alle società *in house* sul presupposto richiamato dalla Corte Cost. n. 326/2008, che soggetti che operino in regime privilegiato, ovvero in affidamento diretto, possano alterare gli equilibri concorrenziali del mercato. Sul punto si veda S. Valaguzza, *L'attività d'impresa degli enti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 83 ss. la quale ha affermato che «l'intento del legislatore non è quello di eliminare la possibilità per gli enti pubblici di ricorrere al diritto privato attraverso la costituzione

invece, la previsione per determinate società pubbliche, quelle strumentali, di operare in mercati ed aree territoriali predeterminate ovvero esclusivamente a favore degli enti pubblici controllanti e partecipanti⁴⁶⁷. Una parte della dottrina⁴⁶⁸ aveva letto, nell'orientamento restrittivo adottato dal legislatore verso la possibilità per i soggetti pubblici di avvalersi dello strumento societario, una conferma indiretta di un divieto generale in ordine alla libertà d'iniziativa economica per gli stessi enti pubblici e quindi della sussistenza di una capacità di

di società o nuovi enti, ma piuttosto quello di separare gli ambiti in cui il soggetto di emanazione pubblica goda di un regime privilegiato da quelli in cui le imprese pubbliche operano alla stregua di operatori economici privati».

⁴⁶⁷ Il riferimento è all'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 c.d. Decreto Bersani convertito in l. 4 agosto 2006, n. 248, abrogato a seguito dell'entrata in vigore del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, che prevedeva per le società strumentali, perlopiù *in house*, ovvero quelle che producono beni e servizi a favore delle pubbliche amministrazioni e non a favore della collettività, l'obbligo di operare esclusivamente a favore degli enti pubblici controllanti e partecipanti. Per un'analisi dettagliata in materia di società pubbliche regionali e locali e sui contenuti dell'art. 13 si vedano tra tutti M. Cammelli e M. Dugato, *Le società degli enti territoriali alla luce dell'art. 13, d.l. n. 223/2006*, in M. Cammelli, M. Dugato (a cura di) *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008.; D. Florenzano, *Le società delle amministrazioni regionali e locali. L'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223*, in *Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Trento*, LXXVI, 2008; R. Ursi, *La Corte costituzionale traccia i confini dell'art. 13 del decreto Bersani*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 11 ss. Sull'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale dei presupposti di legittimazione dell'attività extraterritoriale per le società in mano pubblica si v., *ex multis*, G. Caia, *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, in *Foro amm.-Tar*, 5, 2002 1568 ss.; E. Trenti, *I limiti legislativi alla capacità di azione delle società a partecipazione pubblica*, in *Ist. Fed. – Quaderni*, n. 2/2011, 47 ss.; M. Calcagnile, *Principi e norme amministrative sui limiti di azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Foro amm.-Tar*, 11, 2012, 3713 ss. M. Dugato, *La concorrenza e l'extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 10, 2005, 1051 ss.; B. Gilberti, I. Rizzo, *Posizionamento e margini di operatività delle società pubbliche nel mercato*, in *Foro amm.-CdS*, 2010, 2511 ss.; M. Roversi Monaco, *I limiti operativi delle società partecipate per i servizi pubblici locali*, in *Munus*, n. 1/2013, 89 ss.; G. Mulazzani, *Limiti operativi extra moenia all'in house: un margine residuale per gli investimenti*, in *ivi*, n. 3/2016, 607 ss.

⁴⁶⁸ In favore della capacità speciale agli enti pubblici pare essere stata orientata inizialmente la maggioranza della dottrina, si veda tra tutti C. Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, 1937, 131 ss.; A. Amorth, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, cit., 78 ss.; C. Franchini, *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 35 ss.; In senso differente si sono espressi invece M.S. Giannini, *L'attività amministrativa*, Roma, 1962, 21 ss. secondo cui «(...) le amministrazioni pubbliche, nel nostro sistema positivo, in quanto persone giuridiche hanno legittimazione negoziale piena, ameno che non sia diversamente disposto da norme positive, che hanno valore, evidentemente, di norme derogatorie» e G. Pericu, *Scritti scelti*, 2009, 81 ss., il quale ha asserito che «si può sostenere che nel nostro ordinamento le persone giuridiche pubbliche godano della piena possibilità di rilevare nell'ambito del diritto privato, ove naturalmente non siano state previste regolamentazioni difformi per particolari figure di ente» e che pertanto «contrariamente a quanto ritenuto da parte della dottrina, non sussiste nel nostro ordinamento un principio di specialità (incidente sulla capacità e sulla legittimazione), che troverebbe applicazione limitatamente alle persone giuridiche pubbliche, determinando l'invalidità dell'atto di diritto privato, che si ritenga in contrasto con lo scopo e l'oggetto dell'attività istituzionale dell'ente stesso». In tema di limiti legali riguardo alle società si veda A. Mazzoni, *Limiti legali alle partecipazioni societarie di enti pubblici e obblighi correlati di dismissione: misure contingenti o scelte di sistema*, in C. Ibbia, M.C. Malaguti, A. Mazzoni (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Torino, 2011, 70 ss.

diritto privato caratterizzata dalla specialità. Il Consiglio di Stato⁴⁶⁹ peraltro si era espresso nel senso di ritenere immanente all'ordinamento giuridico anche prima della sua esplicitazione per via legislativa espressa, il principio circa il divieto di costituire società aventi ad oggetto la produzione di beni e servizi, non strettamente necessari al perseguimento dei propri scopi istituzionali. E' stato osservato opportunamente, a proposito di quest'ultima pronuncia, che essa nei fatti non introdurrebbe alcun limite generale in termini legali all'esercizio dell'attività d'impresa da parte degli enti pubblici, la quale anzi è sempre ammessa entro i termini di legge vigenti, e solo per espressa previsione legislativa il giudice amministrativo viene adito per verificare la conformità e l'adeguatezza del rapporto strumentale tra l'attività della società e gli scopi istituzionali dell'ente⁴⁷⁰. Da ultimo, il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica dopo avere subito la parziale dichiarazione d'illegittimità costituzionale da parte della Consulta⁴⁷¹, ha riordinato in maniera organica la materia recependo i

⁴⁶⁹ Cons. St., Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10 che si è pronunciato in ordine ad una controversia generata dal fatto che l'Istituto Universitario di Architettura di Venezia (Iuav) aveva acquistato le quote di una società per azioni proprietaria di immobili al fine di destinarli ad attività didattiche e di servizi istituzionali. Ultimato l'acquisto, l'ente societario subisce trasformazioni, inizialmente mutando la denominazione e si modifica l'oggetto sociale includendo pertanto attività di studio, di ricerca e di engineering. Successivamente, la società si scinde in due distinte società: la Isp, per le attività di engineering, a socio unico, e la Iuav Immobiliare per la gestione immobiliare. Infine, si stipula un accordo con l'Università di Verona, si cede alla predetta Università il 20% delle quote e si trasforma la Iuav Immobiliare in una fondazione universitaria ai sensi dell'art. 1 d.P.R. n. 254/200. L'ordine professionale degli architetti della provincia di Belluno ed altri, impugnano codesti atti emanati dall'ente. I giudici amministrativi, affermavano che l'autonomia di tipo organizzativo e finanziario che la Costituzione all'art. 33 ultimo comma, riconosce alle università, quali enti pubblici ad autonomia funzionale, consente loro di costituire e/o acquisire società private, ma solo per il perseguimento delle loro finalità di insegnamento e di ricerca e non allo scopo di erogare servizi contendibili sul mercato; Gli enti pubblici, privi di finalità lucrative, possono avvalersi pertanto di società *in house*, quali moduli organizzativi neutrali rientranti nell'autonomia organizzativa dell'ente, altrimenti è necessaria una espressa previsione legislativa che autorizzi l'ente stesso ad avvalersi di società per operare a mercato, in regime di concorrenza. Quest'ultima ipotesi sarebbe vietata se, a livello statutario, non fosse reso esplicito un nesso strumentale evidente tra l'attività della società e la *mission* istituzionale dell'ente pubblico controllante e partecipante, dal punto di vista dell'oggetto sociale, della *governance* e dei controlli. Si veda anche in merito C. Marzuoli, *L'università e l'uso di forme organizzative di diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 287 ss.

⁴⁷⁰ Così A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 124 che pone in evidenza come ad avviso del Cons. St., Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10, sarebbe sufficiente il riscontro di una «(...) "strumentalità finanziaria" della società, nel senso della destinazione degli utili ai fini istituzionali della didattica e della ricerca scientifica»

⁴⁷¹ Cfr. C. cost. 25 novembre 2016, n. 251, in www.cortecostituzionale.it, che ha dichiarato, anche per quanto concerne la delega che attua il riordino delle partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche, l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, lett. a), b) c), e), i), l) e m), numeri da 1) a 7), della l. n. 124/2015, nella parte in cui, in combinato disposto con l'art. 16, c. 1 e 4 della medesima legge, prevede che il Governo adotti i relativi decreti legislativi attuativi previo parere, anziché previa intesa, in sede di Conferenza unificata. Più in generale, tutte le disposizioni di cui alla l. 7 agosto 2015, n. 124, sono state impuginate sotto un duplice profilo: in primo luogo quello dell'invasione di competenza legislativa residuale regionale o concorrente di cui all'art.

rilievi mossi dal giudice delle leggi. In particolare viene riproposto come già previsto nelle previsioni della c.d. Legge Finanziaria per il 2008 (art. 3 comma 27 l. 24 dicembre 2007, n. 244) il vincolo di scopo della società che dev'essere strumentale al perseguimento della *mission* istituzionale dell'ente pubblico, ma viene aggiunto il vincolo di attività⁴⁷² individuando gli ambiti specifici di operatività delle società in mano pubblica di fatto diminuendo l'ambito di operatività delle società a partecipazione pubblica. Tutto ciò mantenendo pur sempre un sufficiente margine di azione in capo alle pubbliche amministrazioni le quali potrebbero entro i limiti individuati dal legislatore beneficiare di una presunzione di compatibilità del negozio societario in relazione tanto alle finalità istituzionale dell'ente pubblico quanto all'interesse pubblico sotteso alle

117, terzo e quarto comma, da parte del legislatore statale. In secondo luogo, nell'adozione dei decreti legislativi delegati il medesimo legislatore ha previsto un'insufficiente forma di raccordo con le Regioni, che si è estrinsecata pertanto nel previo parere reso in Conferenza unificata, in luogo della previa intesa. Operando un siffatto raccordo mediante parere anziché attraverso lo strumento dell'intesa, ritenuta «(...) unica forma adeguata a garantire il giusto temperamento della compressione delle compressioni regionali (...)», si è così configurata la violazione del principio costituzionale di leale collaborazione tra Stato e Regioni di cui all'art. 120 Cost., nonché del principio di bilateralità. Ciò in quanto «(...) il mancato raggiungimento dell'accordo entro il termine di quarantacinque giorni legittimerebbe, di per sé, l'assunzione unilaterale di atti normativi da parte del Governo». In ossequio al principio di collaborazione il legislatore statale delegato «(...) deve predisporre adeguati strumenti di coinvolgimento delle Regioni, a difesa delle loro competenze. L'obiettivo è contemperare le ragioni dell'esercizio unitario delle stesse con la garanzia delle funzioni costituzionalmente attribuite alle autonomie (...)».

⁴⁷² Il d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100 rappresenta il correttivo che ha recepito i rilievi mossi dalla Corte Costituzionale attraverso la sentenza 25 novembre 2016, n. 251 di declaratoria di parziale illegittimità costituzionale del precedente d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175. Con riferimento alle tipologie di modelli utilizzabili dalle pubbliche amministrazioni in ambito societario all'art. 3 comma 1 viene previsto che «Le amministrazioni pubbliche possono partecipare esclusivamente a società, anche consortili, costituite in forma di società per azioni o di società a responsabilità limitata, anche in forma cooperativa». Per quanto attiene invece alle finalità espressamente consentite mediante l'utilizzo del negozio societario il legislatore all'art. 4 comma 1 prevede che «Le amministrazioni pubbliche non possono, direttamente o indirettamente, costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né acquisire o mantenere partecipazioni, anche di minoranza, in tali società». Al successivo comma 2 si prevede che nel rispetto dei limiti predetti le amministrazioni pubbliche possono costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni in società soltanto per finalità concernenti la «a) produzione di un servizio di interesse generale, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi; b) progettazione e realizzazione di un'opera pubblica sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 193 del decreto legislativo n. 50 del 2016; c) realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2; d) autoproduzione di beni o servizi strumentali all'ente o agli enti pubblici partecipanti o allo svolgimento delle loro funzioni, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento; e) servizi di committenza, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 1, lettera a), del decreto legislativo n. 50 del 2016».

medesime⁴⁷³. Anche la giurisprudenza amministrativa ha legittimato l'assunzione di un rischio economico da parte dei soggetti pubblici nell'ambito di un'iniziativa societaria di tipo partenariale con soggetti privati, quindi un PPP istituzionalizzato, declinato attraverso attività e con finalità d'interesse pubblico, che trova tutela nel vigente Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica⁴⁷⁴. Anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha riconosciuto, seppure *per negationem*, con riferimento specifico all'incompatibilità dell'affidamento diretto, riservato soltanto alle società *in house*, la piena operatività del modello di società miste. Ciò è confermato peraltro dal riconoscimento da parte degli stessi giudici europei della qualifica di operatore economico, anche alle amministrazioni pubbliche, limitatamente a quanto concerne la legittimazione a partecipare alle procedure ad evidenza pubblica di aggiudicazione dei contratti pubblici, tradizionalmente riservati agli operatori privati⁴⁷⁵.

L'abbandono dei rigidi confini che avevano contraddistinto la dicotomia tra la dimensione pubblicistica e quella privatistica, e dunque l'approdo ad un contesto che accoglie sempre di più le dinamiche relazionali e collaborative tra le due dimensioni, ha lasciato spazio ad una prospettiva nella quale trova valorizzazione, in termini giuridici, un limite quasi invalicabile per l'attività di diritto privato della pubblica amministrazioni, ovvero il principio di funzionalizzazione, il quale richiama il concetto di funzione⁴⁷⁶ che, come ricordato, connota intrinsecamente

⁴⁷³ Così A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 126.

⁴⁷⁴ In questi termini Cons. St., sez. V, 21 luglio 2015, n. 3631 secondo cui scegliendo la via del PPP istituzionalizzato, nella forma della società mista «(...) l'ente pubblico assume conseguentemente il rischio di impresa, in comunione di scopo ex art. 2247 cod. civ. con il socio privato, acquisendo in contropartita l'aspettativa di partecipare agli utili rivenienti dalla gestione dell'opera, oltre che, alla scadenza, la sua acquisizione gratuita (nonché, sul piano pubblicistico, l'affidabilità senza gara di contratti ai sensi dell'art. 1, comma 2, cod. contratti pubblici, purché – come ampiamente noto – per la selezione del partner privato siano stati rispettati gli obblighi di evidenza pubblica). L'assunzione di questo rischio discende in particolare dalla natura privatistica dello strumento costituito dalla società mista, (...) dalla conseguente soggezione di quest'ultima allo statuto dell'imprenditore commerciale (...)».

⁴⁷⁵ Si veda in questo senso C. giust. UE, sez. V, 18 dicembre 2004, C-568/13, *Azienda Ospedaliera-Universitaria di Careggi-Firenze c. Data Medical Service Srl* la quale pronunciandosi in merito ad un rinvio pregiudiziale del Consiglio di Stato (Cons. St., sez. III, 30 ottobre 2013, n. 5241), sul presupposto di tale nuova definizione di operatore economico, ha legittimato gli enti pubblici a partecipare alle gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici. Per un contributo di analisi sul tema sia consentito il rinvio a G. Mulazzani, *La nozione di operatore economico e la partecipazione degli enti pubblici alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici*, in *Munus*, n. 2/2015, 385 ss.

⁴⁷⁶ Tale concetto riferito al profilo funzionale dell'attività amministrativa è stato attualizzato e valorizzato tra gli altri in particolare da B. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento. Saggio critico*, Padova, 2000, 366 ad avviso del quale dal medesimo «derivano le più vistose componenti del suo regime giuridico: la disciplina analitica; la rilevanza dei motivi e l'obbligo di motivazione;

l'attività amministrativa. Infatti, vi sono limiti e principi ai quali l'autonomia funzionale, dei soggetti pubblici risulta subordinata, così come definita dalle fonti legislative e statutarie, ferma restando la capacità giuridica generale di diritto privato degli enti stessi. Alle amministrazioni pubbliche è stata riconosciuta una capacità di diritto pubblico attribuita con diversa intensità dalla legge nella forma del conferimento di un potere di derivazione pubblicistica, che condiziona l'esercizio dell'autonomia funzionale per ciascun soggetto pubblico. La dottrina ha definito vincolo di scopo, quindi la «(...) misura dell'autonomia funzionale, ovvero della "quantità" di capacità giuridica pubblica riconosciuta dall'ordinamento, e d'altra parte garanzia del rispetto dei principi fondamentali dell'attività amministrativa, che segnano i confini entro i quali l'autonomia stessa può essere compiutamente esercitata»⁴⁷⁷. La disamina circa l'autonomia funzionale non può prescindere pertanto dal principio di legalità che la definisce e la determina, e dal rapporto che si stabilisce tra questo principio e l'autonomia stessa, che trova nel primo uno strumento guida cui conformare la propria espressione anche nella declinazione dell'attività di diritto privato⁴⁷⁸. E' quindi da ricercare nel legame diretto tra principio di legalità e vincolo di scopo, quale finalità che di volta in volta costituisce il termine di riferimento e obiettivo cui conformare l'attività dei soggetti pubblici, la scaturigine della funzionalizzazione dell'attività di diritto privato degli enti pubblici. Dal momento che l'area dell'amministrazione consensuale, ovvero contrattuale, risulta permeata dal principio di legalità e dunque orientata al perseguimento del pubblico interesse, ciò determina un'incidenza dei profili pubblicistici sulle dinamiche dei rapporti convenzionali conseguenti, provocando necessariamente un'alterazione degli schemi civilistici utilizzati.⁴⁷⁹ Gli orientamenti prevalenti della dottrina, hanno

varie forme di controllo; un regime di invalidità che privilegia gli aspetti funzionali su quelli strutturali»

⁴⁷⁷ S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008, 74.

⁴⁷⁸ Si veda C. Marzuoli, *Principio di legalità attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 146 per il quale se si ammette che il principio di legalità non rappresenta solo il titolo ed il limite dei poteri autoritativi propri dell'amministrazione, ma diventa anche strumento di indirizzo per la medesima, si può accogliere anche la sussistenza di un vincolo per l'amministrazione finalizzato al perseguimento di obiettivi predeterminati.

⁴⁷⁹ In questi termini si è espresso S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit., 78 ss. il quale ha evidenziato come l'incidenza del vincolo di scopo non solo nell'attività di diritto pubblico ma anche nell'attività di diritto privato è stata anche avversata da una parte della dottrina per non compromettere il riconoscimento della capacità giuridica generale dell'amministrazione. Tale diatriba è superabile soltanto se «(...) si intende il vincolo di scopo come vincolo all'azione amministrativa nel suo complesso, volta cioè a conseguire determinati risultati, e come doverosità dell'attività, indirizzata

valorizzato la tesi per la quale la prospettiva funzionale, che informa l'attività dei pubblici poteri, determina nel rapporto con il diritto privato la sostanziale inidoneità di quest'ultimo a garantire *ex se* un'adeguata tutela alle molteplici esigenze ed istanze provenienti dalla struttura necessariamente multipolare, che caratterizza i rapporti amministrativi.⁴⁸⁰ Nell'ambito dell'amministrazione consensuale, la categoria contrattuale rappresenta certamente l'ambito primario all'interno del quale l'amministrazione pubblica esercita una prerogativa pubblica consistente nel potere di scelta del contraente. Ed è su tali basi che la dottrina, ha negli anni riconosciuto l'assoggettamento di quest'ultima attività al vincolo di scopo.⁴⁸¹ Lo sviluppo di tali premesse concettuali, ha condotto a ritenere paradigmatica la fase procedimentale dell'evidenza pubblica, quale presidio funzionale posto a garanzia dell'attività negoziale posta in essere dalle amministrazioni pubbliche, al fine di mantenere un collegamento tra discrezionalità amministrativa ed autonomia negoziale⁴⁸². Tale presidio funzionale assume una declinazione del tutto peculiare tanto per quanto concerne l'attività

- nella sua globalità e interezza - verso precisi fini, perché in questo senso ben si comprende come anche l'attività amministrativa di diritto privato possa restare soggetta ai limiti derivanti dallo scopo, inteso quale limite generale all'azione dei soggetti pubblici (...)».

⁴⁸⁰ Così A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 343. Secondo F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, 158 ss. il vincolo di scopo costituisce un limite nell'attività dell'amministrazione pubblica, in quanto essa persegue finalità prefissate non essendo totalmente libera nello svolgimento della propria attività, infatti può compiere solo quegli atti che le fanno perseguire le finalità per cui esiste. Il vincolo trova la sua legittimazione sempre in un provvedimento amministrativo, in quanto nel diritto privato i motivi sono irrilevanti e dunque la rilevanza del fine non può trovare la propria fonte in un atto privatistico bensì in un atto amministrativo. Ciò implica che, l'attività consensuale dell'amministrazione, limitatamente alla parte in cui essa si esprime a mezzo di atti di diritto privato è sindacabile sulla base di quest'ultimo; per la parte che invece si esprime a mezzo di provvedimenti amministrativi è sindacabile esclusivamente in base al diritto pubblico. L'autore identifica le finalità da perseguire come limiti interni, unitamente alla natura dell'amministrazione ed alla funzione strumentale della sua volontà negoziale, mentre le singole disposizioni positive di cui ai contratti con la pubblica amministrazioni corrispondono ai limiti esterni.

⁴⁸¹ Si veda F. Cangelini, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004.

⁴⁸² Ad avviso di P. Chirulli, *Autonomia pubblica e "privatizzazione" dei rapporti*, Padova, 2005, 407 «Nel procedimento di formazione dei contratti pubblici vi sarebbe insomma un momento per effettuare un giudizio di "meritevolezza" circa l'interesse perseguito dall'amministrazione., che va a colmare lo spazio lasciato in bianco dall'assenza di un vincolo di scopo direttamente desumibile dalla legge o dall'atto costitutivo del soggetto pubblico che agisce, ma dalla presenza di principi cui l'attività contrattuale pubblica deve sempre conformarsi». A proposito del rapporto tra autonomia privata e discrezionalità amministrativa S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit., 83 ha rilevato che «Nell'ambito dell'azione consensuale della p.a. si intrecciano quindi indissolubilmente le facoltà esercitate in posizione di autonomia privata e i poteri propri della discrezionalità amministrativa, in una prospettiva non di contrapposizione tra i due regimi, privatistico e pubblicistico, quanto piuttosto di armonizzazione di questi, che postula in ultima analisi che la funzione debba permanere intatta nell'individuazione dei contenuti dell'accordo, nella conclusione del negozio e infine nel corso dell'esecuzione del rapporto che ne deriva». Si veda anche sul tema S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 76 ss.; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., 867 ss.

contrattuale atipica⁴⁸³ quanto per il ricorso allo strumento contrattuale societario⁴⁸⁴. Il processo di funzionalizzazione dell'attività di diritto privato dei soggetti pubblici appare rivelare così l'obiettivo di fare assurgere la finalità di pubblico interesse, cui è soggetta l'attività amministrativa intesa nel suo complesso, a parametro di controllo della stessa attività consensuale espressione dell'autonomia negoziale⁴⁸⁵ degli stessi soggetti, sul presupposto che il perseguimento del pubblico interesse, inteso nella sua dimensione oggettiva, sia garantito e possa assumere specifica rilevanza, in termini giuridici, nell'ambito del contesto pubblicistico, ancorché attraversato da dinamiche e rapporti consensuali.⁴⁸⁶ Nell'ottica di valorizzare la predetta dimensione funzionale, si è così affermato un orientamento, diffuso in dottrina, che tende a riconoscere come più adeguata e pertinente alla giurisdizione amministrativa l'attività di cognizione in ordine a controversie inerenti i rapporti amministrativi alla luce dell'interesse pubblico. In questo senso, nell'ambito del processo amministrativo è, infatti, previsto l'intervento di soggetti terzi rispetto al rapporto negoziale, così da sostanziare, in

⁴⁸³ Si veda M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., 65 ss. che ritiene rispettato il principio di funzionalizzazione nell'attività contrattuale atipica nella conformità dello strumento contrattuale alle norme primarie, attribuendo rilevanza all'art. 1418 c.c. mentre le norme non primarie recate in atti amministrativi d'indirizzo assumono rilevanza indirettamente mediante l'invalidità dell'atto presupposto al negozio giuridico e non in via diretta su quest'ultimo. Nel caso di conclusione di contratti atipici sempre M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., 153 ss. afferma che «la fase precedente alla stipulazione è, per i contratti atipici, ancor più delicata di quanto non avvenga per i contratti tipizzati», attraverso la determinazione a contrarre si «dovrà individuare gli interessi e gli scopi da perseguire e illustrare le ragioni che hanno consigliato l'adozione del contratto scelto».

⁴⁸⁴ Come ha argomentato S. Valaguzza, *Società miste a partecipazione comunale: ammissibilità e ambiti*, Milano, 2012, 121 ss. circa l'imprescindibile rilevanza dal punto di vista funzionale, del momento dell'evidenza pubblica intesa come «momento in cui rendere note le ragioni dell'accennata connessione tra motivi di pubblico interesse e manifestazione negoziale» affermando che in tale modo «ogni esercizio di potere negoziale resta collegato, per il tramite dell'evidenza pubblica, all'interesse pubblico concreto».

⁴⁸⁵ Circa l'inerenza del principio di funzionalizzazione sull'attività privatistica si veda M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., 79 ss. In tema si veda anche P. Chirulli, *Autonomia pubblica e "privatizzazione" dei rapporti*, cit., 386 ss. la quale ha osservato che se «(...) il contratto può costituire uno strumento per il raggiungimento dei fini istituzionali alternativo o ulteriore rispetto al provvedimento, e non incontra il limite della tipicità (...) occorre pur sempre conciliare la disponibilità della piena capacità di diritto privato con le esigenze della funzione, non astrattamente considerata, ma così come declinata nella disciplina del singolo soggetto e nell'autonomia complessiva a questa riconosciuta». La stessa individua due ordini di limiti, «(...) il primo, di natura più rigida, si ricava direttamente dalla natura pubblica del soggetto intesa in senso strutturale, il cui archetipo è costituito dallo schema dell'evidenza pubblica. Il secondo, di carattere elastico e di intensità variabile, quindi dall'essenza più sfuggente, attiene alla possibile rilevanza dinamica del vincolo di scopo e appare strettamente legato al rapporto tra attività negoziale del soggetto e funzione da questo svolta all'interno dell'ordinamento pubblicistico».

⁴⁸⁶ Così A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 347.

termini di rimedi giustiziali, l'inerenza del principio di funzionalizzazione con riferimento ai negozi giuridici posti in essere dai soggetti pubblici.⁴⁸⁷

Alla luce di quanto esposto, è evidente che, seppure sia tramontata la dicotomia tra pubblico-privato e non sia più teorizzata perlopiù la supremazia morale né la superiorità ontologica del diritto pubblico rispetto a quello privato, il descritto processo di funzionalizzazione (che di fatto ha causato la trasformazione della categoria della specialità in chiave funzionale), ha determinato una sostanziale pubblicizzazione dei rapporti in ambito amministrativo, facendo perno non tanto sul profilo autoritativo del potere bensì su quello della necessità del regime amministrativo funzionalizzato, quale fattore fondante la tutela di specifiche esigenze del comparto pubblico, nell'ambito dei rapporti non solo beninteso di natura autoritativa bensì anche di natura consensuale.⁴⁸⁸ In questo modo, sarebbe stata attuata una sorta di pubblicizzazione temperata, in quanto non presupposta tanto sul privilegio di capacità speciale riservata ai soggetti pubblici, bensì sulla necessità di conformare anche l'attività di diritto privato alla logica strettamente funzionale dell'azione amministrativa.⁴⁸⁹

Contro la prospettiva di attribuire alla dimensione funzionale, nei rapporti amministrativi, una dimensione imprescindibile, milita una parte della dottrina⁴⁹⁰, viste e considerate anche le conseguenze in termini applicativi circa il regime giuridico applicabile alle dinamiche negoziale, poste in essere dai pubblici poteri, ed in particolare con riferimento all'instabilità circa la certezza giuridica dei

⁴⁸⁷ In questi termini S. Vinti, *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, cit., 587 ss. ad avviso del quale «in assenza di strumenti giustiziali, parlare di funzionalizzazione risulta nulla più di una mera enunciazione di principio priva di concrete conseguenze giuridiche».

⁴⁸⁸ Così A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 348 che sottolinea come questa tendenza si sarebbe manifestata principalmente ad esempio nell'attitudine a svilire o ridurre le opzioni interpretative in senso privatistico effettuate dal legislatore a favore della valorizzazione invece della natura pubblica sostanziale del rapporto, oppure nella preferenza a ricorrere a discipline intermedie o modelli giuridici ibridi tra diritto pubblico e diritto privato. Il ricorso sempre più frequente a moduli istituzionali ed operativi privatistici, ed in particolare societari, nell'organizzazione amministrativa che secondo avrebbe favorito come ebbe a scrivere M. Nigro, *La giurisdizione dei pubblici poteri tra sistema normativo e spinte fattuali*, in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 1631 la «fuga nel diritto privato», ha determinato paradossalmente un fenomeno di estensione della disciplina pubblicistica, atto a fare valere riprendendo un'espressione di F. Merusi, *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 39 ss. la «vera natura pubblica della cosa».

⁴⁸⁹ Si veda sul punto G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit., 78 secondo il quale la logica della funzionalizzazione dell'attività avrebbe consentito l'avvio di un processo di privatizzazione apparente che «moltiplica le specialità degli istituti civilistici e, allo stesso tempo, allarga l'ambito delle discipline pubbliche».

⁴⁹⁰ Si veda F. Ledda, *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1962. 136 il quale muove una critica nei confronti dell'ipotesi di far evolvere il vincolo di scopo in fattore condizionante e determinante i presupposti d'efficacia propri del negozio giuridico.

rapporti negoziale stessi ed alla indeterminatezza circa gli scopi di pubblico interesse previsti dalle norme.⁴⁹¹ Anche il vincolo di scopo, che di fatto non viene demandato, appena nella sua determinazione in concreto bensì spesso anche nella sua individuazione in astratto, al potere dell'amministrazione tendendo così a trasformarsi in un vincolo in bianco⁴⁹², non è rimasto esente da rilievi critici da parte della dottrina. Ciò segnatamente nella parte in cui prospettandosi la soggezione dell'attività di diritto privato al medesimo vincolo e dunque agli atti dell'amministrazione, viene tralasciato il regime giuridico degli atti amministrativi che possono essere oggetto di esercizio del potere di autotutela e quindi possono essere revocati o modificati, destabilizzando così il regime di certezza e stabilità che caratterizza invece i rapporti negoziali nel diritto privato che in questo modo vengono vulnerati e alterati⁴⁹³. Pertanto, appare condivisibile l'argomentazione spesa in dottrina, secondo la quale, fermo restando la tutela del pubblico interesse e la garanzia principio di legalità, entrambe sottese alla logica funzionale anche nell'attività di diritto privato condotta dall'amministrazione pubblica, attraverso il processo e la tecnica di funzionalizzazione traslata *ex abrupto* dall'ambito dell'attività di diritto pubblico a quella di diritto privato, si è conculcato il ricorso allo strumento privatistico medesimo. In un' ottica rinnovata,

⁴⁹¹ In tema di incertezza e stabilità dei rapporti giuridici tra gli altri si veda G. Pericu, *L'attività consensuale della Pubblica Amministrazione*, cit., 1034 per il quale appare controversa l'applicazione del regime di nullità del contratto per vincolo di scopo con riferimento «all'esistenza di enti pubblici a fini plurimi e sostanzialmente non determinabili in via preventiva; alla sostanziale genericità, sotto il profilo dei suoi contenuti del pubblico interesse come legislativamente determinato con riferimento a ciascun soggetto pubblico; alla tendenziale indifferenza funzionale del negozio giuridico di diritto privato; alla grave incidenza sulla certezza dei rapporti giuridici che l'ampliamento delle ipotesi di nullità assoluta del contratto può determinare». In tema di indeterminatezza circa le finalità d'interesse pubblico previsti dalle leggi si veda D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 24 che ha ravvisato l'inopportunità di attribuire all'interesse pubblico «un significato sostanziale, ma soltanto giuridico-formale» atteso che «normalmente (...) un interesse pubblico altro non è che un insieme di interessi privati».

⁴⁹² Si veda M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., 56 ss. che osserva con riferimento all'attività amministrativa di diritto privato che le conseguenze prodotte dalla teoria del vincolo di scopo sarebbero quelle di «(...) realizzare una vera e propria gerarchia degli interessi all'interno del contratto (o dell'atto) concluso dall'amministrazione; gerarchia nella quale all'interesse pubblico è lasciato, sempre e comunque, il gradino più elevato, tanto da legittimare il sacrificio degli interessi dei privati non soltanto (e non tanto, verrebbe da dire) sull'altare delle norme di legge primarie, ma anche su quello dei precetti finalistici dei meri atti amministrativi» con ciò attribuendo all'interesse pubblico «(...) la facoltà di derogare ad alcuni principi fondamentali del diritto privato (irrilevanza dei motivi non dedotti in contratto; parità dei contraenti e, conseguentemente, dei loro interessi). Cosa della quale in qualche modo sembra lecito dubitare». Anche C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982, 150 ss. ha messo in evidenza che «il vincolo di scopo si presenta con la struttura di un vincolo in bianco» in quanto la sua connotazione viene esplicitata dalla legge o dall'ente pubblico successivamente.

⁴⁹³ Come ha osservato F. Cangelli, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, cit., 216 l'assoggettamento della validità del rapporto contrattuale all'interesse pubblico «comporta una forte svalutazione del ruolo del consenso del privato».

nella costruzione del regolamento negoziale, come ha osservato parte della dottrina «la prospettiva funzionale deve essere resa necessariamente compatibile con la dimensione negoziale della relazione e, quindi, deve fare i conti con l'esigenza di stabilità e di certezza che essa impone».⁴⁹⁴

3.2. *Nascita ed evoluzione del modello di PPP istituzionale nel contesto europeo e italiano.*

Accanto all'emisfero del PPP contrattuale si trova l'altro emisfero rappresentato dal PPP istituzionale (o istituzionalizzato) che, come riporta il Libro Verde del 2004, individua un'operazione che implica «(...) la creazione di un'entità detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato»⁴⁹⁵ avente la finalità di garantire la fornitura di un'opera o di un servizio favore della collettività. La dottrina approcciandosi al tema del PPP c.d. istituzionale, non ha mancato di segnalare difficoltà in ordine al tentativo di ricostruzione in termini di inquadramento sistematico, organico della disciplina e di riconduzione di determinate figure giuridiche (come ad esempio le società miste e le fondazioni) a tale categoria, data l'eterogeneità delle manifestazioni ascrivibili a tale fenomeno e la difficile presenza contestuale di logiche non convergenti e di complessa lettura di ordine giuridico, politico ed economico⁴⁹⁶. La creazione di un PPP

⁴⁹⁴ A. Moliterni, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, cit., 352 secondo il quale «la rinuncia alla tecnica della funzionalizzazione non conduce necessariamente a negare la possibilità di dare adeguato rilievo ad alcune esigenze pratiche sottese all'applicazione della logica funzionale e del principio di legalità sostanziale a tutta l'attività amministrativa». Conformemente a questo orientamento si è espresso anche F. Liguori, *Amministrazioni pubbliche e diritto privato nel disegno di legge sull'azione amministrativa*, Relazione al Convegno su «La riforma dell'azione amministrativa» Università di Cassino, 19 giugno 2003, in *Foro. amm. TAR*, n. 5/2003, 1825 ss. secondo cui «La vigenza dei principi dell'azione amministrativa, anche con riferimento all'attività di diritto privato, non deve necessariamente e aprioristicamente produrre l'effetto di alterare la struttura stessa del contratto (...). Funzionalizzazione non significa sempre contaminazione» e dunque «(...) La funzionalizzazione (...) opera all'esterno del modulo privatistico utilizzato, come nel caso del principio di economicità, di per sé estraneo all'area privatistica e la cui violazione non produce effetti sul contratto, ma solo responsabilità del funzionario che se ne è reso responsabile» infatti «Le alterazioni, in definitiva, sembrano possibili nei limiti strettamente necessari a garantire la funzionalizzazione degli strumenti di diritto privato, ma non costituiscono certo un'ineluttabile conseguenza della funzionalizzazione stessa». Si veda anche C. Cudia, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008, 183 secondo la quale lungi da sostenere che l'attività amministrativa intesa nel suo complesso non obbedisca all'interesse pubblico e dunque sia finalizzata «(...) ciò non implica che tale carattere si estenda sempre e necessariamente ai singoli atti, diventando appunto, paradigma della loro legittimità».

⁴⁹⁵ Cfr. Libro Verde del 20 aprile 2004, COM(2004)0327def par. 3 punto 53

⁴⁹⁶ In questi termini C. Marcolungo, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato: un tentativo di ricostruzione*, in M. P. Chiti (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009, 193 ss. la quale osserva come «Ogni qual volta ci sia accinga ad affrontare la tematica delle forme di partenariato pubblico privato, non si può fare a meno di provare un senso di scoramento (...)

istituzionale può avvenire, da un lato mediante la creazione di un'entità detenuta congiuntamente dal settore pubblico e dal settore privato, e dall'altro tramite il passaggio a controllo privato di un'impresa pubblica già esistente⁴⁹⁷. Dunque il PPP c.d. istituzionale descrive un'ipotesi di cooperazione pubblico-privato, nel contesto di una nuova soggettività giuridica, posta a tutela dell'interesse generale che viene costituita o compartecipata da soggetti pubblici e da quelli privati, mediante la conclusione di un contratto associativo con la *mission* di garantire la fornitura di un'opera o di un servizio al pubblico⁴⁹⁸. Tale fattispecie tipica di manifestazione del PPP c.d. istituzionale è stata tradizionalmente individuata nella società mista, sia nella tradizione dell'Italia che degli altri Paesi dell'Unione Europea, quale soggetto costituito *ad hoc*, con partecipazione congiunta sin dalla fase costitutiva di soci pubblici e privati, oppure inizialmente soltanto pubblici e solo successivamente aperti alla partecipazione privata di minoranza o di maggioranza. Il contributo del soggetto privato, oltretutto estrinsecarsi in un apporto finanziario in termini di conferimento di capitali, si delinea necessariamente anche in una partecipazione attiva ai contratti affidati alla società mista come ha evidenziato anche la giurisprudenza amministrativa.⁴⁹⁹ La Commissione Europea nel Libro Verde sottolineava che «(...) l'operazione consistente nel creare un'impresa a capitale misto (...) non è contemplata dal

detto dalla carenza di coordinate o, più realisticamente, dall'eterogenea pluralità di coordinate non univoche (...)» e pertanto «Il tentativo di ricostruzione dell'istituto del partenariato pubblico-privato istituzionalizzato si configura di conseguenza una mera utopia». Sulle critiche alla nozione di PPP istituzionalizzato così come formulato dal Libro Verde del 2004, alla luce delle direttive 2014 in materia di appalti e concessioni, si veda M.P. Chiti, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, n G. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di progetto e Partenariato pubblico-privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015, 6-7 secondo cui il modello di società mista è mancante di un elemento essenziale del PPP ovvero il rischio diretto per la parte privata, non perché la partecipazione societaria si esente dai rischi ma perché il rischio d'impresa è imputabile alla società in quanto tale ed è ripartito tra i soci in proporzione al peso delle quote possedute. Con riguardo alle fondazioni invece esse sfuggono alla nozione di PPP in quanto le fondazioni sono soggetti che vivono distintamente rispetto ai soggetti che l'hanno costituita e non contemplano il concetto di rischio per il soggetto privato che vi partecipi.

⁴⁹⁷ Cfr. Libro Verde del 20 aprile 2004, COM(2004)0327def par. 3 punto 55

⁴⁹⁸ F. Cortese, *Tipologie e regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit., 41. Con riferimento alla *mission* istituzionale delle società miste M. P. Chiti, voce *Partenariato pubblico-privato*, cit., 693 ha osservato che se è vero che il Libro Verde «(...) risolve la questione della "missione" delle società miste nell'assicurare la fornitura di un'opera o di un servizio a favore del pubblico» e parimenti vero che questa è «(...) una prospettiva limitativa, atteso che le finalità delle società miste possono essere le più diverse».

⁴⁹⁹ Secondo il Cons. St., sez. V, 18 dicembre 2009, n. 8376 «esorbita invece dalla giurisdizione amministrativa, non configurandosi come un PPPI, ogni altra vicenda in cui una società affidataria di un servizio riceva apporti al proprio capitale da parte di soggetti privati che siano meri finanziatori, ossia non aventi le caratteristiche di soci industriali, o i quali comunque non partecipino direttamente alla gestione o allo svolgimento del servizio affidato».

diritto degli appalti pubblici e delle concessioni»⁵⁰⁰. Tuttavia, tale operazione non risulta indifferente all'ordinamento europeo, ovvero viene assoggetta al rispetto dei principi dei Trattati ed in alcuni casi alle norme delle direttive in particolare, quando la medesima operazione risulta essere accompagnata dall'attribuzione di incarichi affidati mediante atti che possono essere riconducibili rispettivamente all'appalto ed alla concessione. Le prescrizioni generali dettate dal Libro Verde nel caso di costituzione di tale nuova entità giuridica societaria mista, devono garantire che la selezione del socio privato destinato alla cooperazione nel servizio, avvenga in ottemperanza al dettato europeo in materia di appalti e concessioni. In secondo luogo il confronto concorrenziale deve essere previo e non postumo la fase di costituzione dell'entità giuridica mista. In terzo luogo la presenza del socio pubblico non deve determinare il riconoscimento di privilegi esorbitanti avulsi dalle norme del diritto societario, infine la durata della società non può coincidere con quella del periodo di affidamento, che dev'essere limitata nel tempo e con la possibilità di rinnovare mediante l'attivazione di una nuova procedura di selezione. Il crescente interesse per tali forme istituzionali di cooperazione pubblico-privato ha impegnato l'attività della Commissione Europea che nel 2005 è giunta all'adozione di una Comunicazione in materia di partenariati pubblico-privati e diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessione del 15 novembre 2005 nella quale, dopo avere recepito «la necessità di chiarire in quale modo il diritto comunitario sugli appalti pubblici si applica alla creazione di imprese detenute congiuntamente da un partner pubblico e da un partner privato al fine di prestare servizi pubblici»⁵⁰¹ si è manifestata l'esigenza di porvi attenzione mediante la comunicazione interpretativa tesa a stabilire «l'applicazione delle regole sugli appalti pubblici 1) alla creazione di entità a capitale misto che perseguono l'obiettivo di prestare servizi d'interesse (economico) generale e 2) alla partecipazione di imprese private in società pubbliche esistenti che svolgono tali compiti. In tale contesto un'eventuale comunicazione dovrebbe, in particolare descrivere come si possono istituire IPPP facendo sì che la relativa assegnazione di mansioni sia compatibile con il diritto comunitario»⁵⁰². Anche il Parlamento Europeo si è impegnato adottando una

⁵⁰⁰ Cfr. Libro Verde del 20 aprile 2004, COM(2004)0327def par. 3.1 punto 57

⁵⁰¹ Comunicazione del 15 novembre 2005, COM(2005) 569def. sul partenariato pubblico privato ed il diritto comunitario sugli appalti pubblici e le concessioni, par. 4, punto 4.1.

⁵⁰² Comunicazione del 15 novembre 2005, COM(2005) 569def. sul partenariato pubblico privato ed il diritto comunitario sugli appalti pubblici e le concessioni, par. 4, punto 4.2.

risoluzione in tema di PPP istituzionali⁵⁰³ nella quale dopo avere premesso che si impone l'esigenza di predisporre al mercato dei servizi un quadro normativo certo e chiaro, ribadiva che il rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione, si pone come irrinunciabile nell'attività di legislazione in materia di contratti pubblici per la costituzione di soggetti partenariali istituzionali, fermo restando che se il primo bando di gara ai fini della costituzione di una impresa mista risulti preciso e completo, non ne sarà necessario uno ulteriore. L'attenzione dedicata dal Libro Verde al tema del PPP c.d. istituzionalizzato, è significativa non solo perché ha fatto proprio l'orientamento manifestato dalla Corte di Giustizia UE, che ha demolito le forme di privilegio riservate in maniera ingiustificata alle società miste⁵⁰⁴, ma anche perché ha sottolineato l'inutilità di adozione di nuove norme in materia in quanto sarebbero sufficienti i principi dei Trattati e quelli derivanti dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia adita nei casi di rinvio pregiudiziale⁵⁰⁵. Il riferimento più significativo a riguardo del PPP c.d. istituzionale è rappresentato dalla Comunicazione interpretativa della Comunicazione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni del 5 febbraio 2008 la quale ha nei fatti esteso anche ai PPP c.d. istituzionali,

⁵⁰³ Risoluzione sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni 2006/2043(INI).

⁵⁰⁴ Il riferimento è a partire dalla sentenza C. giust. CE, sez. I, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau* con note tra gli altri di S. Varone, *Note in tema di affidamenti in house e diritto comunitario*, in *Foro amm.*, 2004, 2416 ss; C. Guccione, *L'affidamento diretto di servizi a società mista*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 271 ss; E. Scotti, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Foro amm.*, 2005, 666 ss. attraverso cui è stato ritenuto incompatibile con il diritto europeo l'affidamento diretto di contratti di appalto a società miste, ancorché partecipata dall'ente pubblico affidante, attesa la partecipazione di un socio privato all'interno della società. Ciò al di là dell'eventualità, che tale socio privato sia selezionato con procedura ad evidenza pubblica e prescindendo dall'entità della partecipazione al capitale societario.

⁵⁰⁵ Così M. P. Chiti, *voce Partenariato pubblico-privato, cit.*, 693 che pone in evidenza i tre capisaldi cui è pervenuta nel tempo la giurisprudenza europea in materia di società miste, che riguardano innanzitutto la scelta del socio privato che deve tenere conto non appena dei suoi requisiti di tipo quantitativo, ovvero l'entità dell'apporto di capitali o l'esperienza maturata nel settore bensì anche di quelli di tipo qualitativo che individuano la qualifica industriale del socio privato. In secondo luogo la decisione in ordine alla costituzione di società miste o l'apertura al capitale privato di quelle pubbliche esistenti, è demandato alla discrezionalità decisoria degli Stati membri, vincolati soltanto al rispetto dei principi dei Trattati e quindi ad evitare forme di elusione delle discipline definite a livello europeo. In terzo luogo, le procedure di aggiudicazione di appalti e concessioni non devono recare alcun privilegio o riserva alle società miste se non nei casi in cui si configurino un rapporto *in house providing* secondo le vigenti disposizioni europee. Si veda anche Cons. St., sez. V, 18 dicembre 2009, n. 8376, secondo cui «(...) per la scelta del socio privato delle società miste affidatarie di tali servizi occorre rispettare le procedure di evidenza pubblica, osservando i principi di pubblicità, trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento e concorrenza immanenti in ogni vicenda in cui si abbia l'attribuzione, all'esterno del circuito pubblicistico, di un'utilità economicamente valutabile, ipotesi questa che si verifica nel caso in cui detto socio non è un mero finanziatore, ma presenta le caratteristiche di un socio

l'ambito applicativo dei principi del Trattato nonché delle disposizioni in materia di appalti pubblici derivanti dagli stessi principi, nei casi in cui il ricorso allo strumento partenariale si fosse posto in alternativa rispetto al coinvolgimento dei privati mediante modelli contrattuali. La Comunicazione, in sostanza ha disposto che le norme in materia di appalti pubblici e concessioni dovessero trovare applicazione sia per la scelta del socio privato (nel caso in cui sia preesistente una società pubblica), sia per l'affidamento del contratto. Dal momento però, che la doppia gara non appare così vantaggiosa e funzionale la Commissione ha suggerito che la scelta del socio privato dovesse avvenire, mediante l'esperimento di una gara "a doppio oggetto", ovvero che dovesse contemplare contestualmente sia l'appalto o la concessione da aggiudicare, sia il compito in termini operativi prestato dal socio privato alla società mista, con ciò escludendo di fatto una partecipazione meramente finanziaria del soggetto privato⁵⁰⁶.

L'avvento del PPP c.d. istituzionalizzato nel contesto giuridico italiano suggerisce alcune chiavi di lettura offerte dalla dottrina⁵⁰⁷ a seguito dello sviluppo di linee evolutive del fenomeno particolarmente eloquenti. Innanzitutto è da osservare che la natura del PPP non si pone nei termini di un istituto giuridico circoscritto e cristallizzato in termini rigorosi, bensì nei termini di un metodo teso al soddisfacimento degli interessi collettivi, in quanto attiene alle modalità attraverso le quali condurre l'attività amministrativa, trovando la propria via espressiva in determinate fattispecie tipiche ed atipiche. L'altro aspetto rilevante, che caratterizza l'evoluzione nel diritto interno, del fenomeno giuridico del PPP, è quello che richiama l'incidenza della scelta politica sottesa a tale fenomeno, in

“operative” o “industriale”, essendo indubbio che mediante la sua partecipazione al capitale sociale si realizza anche un parallelo fenomeno di circolazione dell'affidamento» (massima).

⁵⁰⁶ Così M. A. Sandulli, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, Relazione su Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa, presentata a Bologna, SPISA, 23 gennaio 2012, in occasione della presentazione del volume a cura di F. Mastragostino sul tema *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011, in *federalismi.it*, n. 3/2012, 6. Sulla gara “a doppio oggetto” si veda C. giust. UE, sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, *Acoset*, con note tra gli altri di H. Bonura, G. Caruso, *Per valutare i requisiti tecnico-economici del privato è necessaria una procedura a evidenza pubblica*, in *Guida al diritto*, n. 48/2009, 103 ss; R. Caranta, *La Corte di giustizia definisce le condizioni di legittimità dei partenariati pubblici-privati*, in *Giur. it.*, 2010, 1193 ss.

⁵⁰⁷ Si veda M. Dugato, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit., 60 ss. che pone in luce come «(...) il primo tratto comune che caratterizza tutte le figure di partenariato è rappresentato proprio dalla sensibilità della loro disciplina ad esigenze contingenti della politica e del mercato, dalla loro “volubilità”, dal mutamento repentino e frequente delle regole giuridiche» e dunque «Ancora una volta, le ragioni profonde dell'instabilità del quadro normativo di riferimento debbono rintracciarsi nella particolare “permeabilità” della disciplina giuridica degli strumenti di partenariato al contesto sociale, economico e politico di riferimento».

quanto espressivo di un determinata concezione dell'attività amministrativa e nell'ambito di quest'ultima delle relazioni tra il pubblico ed il privato, in ultimo tra amministrazione e cittadino. La scelta politica sottesa alle modalità prescelte per impostare l'attività amministrativa, è chiaramente contingente e funzionale alle condizioni proprie del momento dal punto di vista storico, politico, sociale, culturale ed economico.⁵⁰⁸ Stante il presente quadro descritto, appare allora evidente che il fattore dirimente e strategico, che decide per il successo o per il fallimento delle forme giuridiche di PPP, è costituito dalla capacità di portare a sintesi e ad armonica ed organica composizione gli interessi manifestati dal settore pubblico e quelli provenienti dal settore privato. Ciò è possibile soltanto attraverso un'efficace *governance*, di quella che è ormai la sede elettivamente prescelta per portare a sintesi le istanze e comporle in un quadro di partenariato, ovvero il contratto, e ciò non appena con riferimento alle forme partenariali istituzionali bensì anche a quelle contrattuali.⁵⁰⁹

3.3. Le società miste a capitale pubblico-privato per la gestione di servizi pubblici

Il processo di ibridazione dei modelli cooperativi tra pubblico e privato, cui si è fatto cenno in precedenza, ha interessato significativamente anche la natura dello strumento societario a partecipazione mista⁵¹⁰. La diffusione così rapida del

⁵⁰⁸ Per cogliere le dinamiche descrittive del rapporto tra Stato e soggetti privati in una prospettiva storica si vedano tra tutti L. Mannori, C. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma, 2001; S. Sepe, L. Mazzone, I. Portelli, G. Vetrutto, *Lineamenti di storia dell'amministrazione italiana (1861-2006)*, Roma, 2007; S. Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Bari, 2012, 7 ss.

⁵⁰⁹ Così M. Dugato, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit., 65 ss. che aggiunge come «Il tema dell'evoluzione della *governance* delle figure di partenariato non è facile da affrontare come si potrebbe ritenere. (...) In realtà, (...) l'amministrazione ed il legislatore che ne governa le regole d'azione hanno sempre più manifestato la tendenza ad ibridizzare istituti e strumenti, così da privatizzare alcuni tratti di quelli pubblici e da pubblicizzare alcuni tratti di quelli privati. Il risultato è spesso deludente; talvolta, preoccupante, sia sotto il profilo della certezza del diritto sia sotto quello della tutela reciproca».

⁵¹⁰ Sul tema delle società miste la letteratura è amplissima, tra tutti si veda senza pretesa di esaustività M. Cammelli, A. Ziroldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1997; G. Alpa, A. Carullo, A. Clarizia, *Le S.p.A. comunali e la gestione dei servizi pubblici*, Milano, 1998; G. Pericu, *La partecipazione dei comuni alle società per la gestione dei servizi*, in F. Trimarchi Banfi (a cura di), *Le società miste per i servizi pubblici locali*, Milano, 1999. M. Dugato, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001; M.P. Chiti, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste?* In Id. (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2006; M. Cammelli M. Dugato (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008; N. Aicardi, *Le società miste*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. I, Milano, 2008; R. Chieppa, *Le società a capitale misto*

modello societario che da quasi trent'anni ha assunto importanza strategica caratterizzando significativamente l'azione amministrativa, prima ha giustificato l'insorgenza di alcuni timori in ordine al coerente e funzionale perseguimento degli interessi pubblici da parte della pubblica amministrazione, mediante l'istituto societario, scorgendo nella tendenza alla societarizzazione del diritto amministrativo un rischio serio di dequotazione degli stessi interessi pubblici. Poi di conseguenza la stessa ha favorito l'ingresso nel dibattito giuridico del tema concernente la compatibilità dell'affidamento di funzioni pubbliche a soggetti privati. Inizialmente si tendeva a orientare il dibattito non tanto sulla natura pubblica o privata, di tali società, che erano ritenute private, bensì sul grado di specialità rispetto alle norme di diritto comune da accordare a tali soggetti in ragione della peculiarità della *mission* loro affidata. Inoltre la costituzione delle società miste da parte delle amministrazioni pubbliche era soggetta ad alcuni limiti di ordine giuridico, uno più risalente concernente la possibilità per un ente pubblico di perseguire la propria *mission* istituzionale pubblica mediante strumenti societari di diritto privato e l'altro più recente, almeno fino all'emanazione del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica, rappresentato dalla previsione di cui all'art. 3 commi 27 ss. della l. 24 dicembre 2007, n. 244, c.d. legge finanziaria 2008. In base a quest'ultima previsione, le attività di produzione di beni e servizi realizzate mediante la società, erano permesse soltanto se strettamente necessarie al perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente pubblico stesso⁵¹¹.

Tralasciando la trattazione in ordine alla ricostruzione dei profili storici e giuridici delle società miste nella legislazione nazionale⁵¹² e lungi da voler aprire

alla luce degli ultimi interventi normativi, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010; A. Lolli, *Le società miste*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011; S. Valaguzza, *Società miste a partecipazione comunale: ammissibilità e ambiti*, Milano, 2012; M. Dugato, *Le società a partecipazione mista per la gestione dei servizi pubblici locali. Il procedimento di costituzione, l'affidamento dei lavori e la relazione tra ente socio e società*, in M. Dugato, F. Mastragostino (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bologna, 2014; S. Antoniazzi, *Società miste e servizi pubblici locali esperienze nazionali e modello europeo*, Napoli, 2017.

⁵¹¹ Per un'analisi circa i due limiti di ordine legislativo, l'uno più risalente e l'altro più recente e per i processi di costituzione delle società miste si veda A. Lolli, *La costituzione di società miste: i contratti associativi*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit., 313 ss.

⁵¹² Per una ricostruzione dei profili evolutivi delle società miste a livello giuridico si rinvia a C. Marcolungo, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato: un tentativo di ricostruzione*, in M. P. Chiti (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009, 197 ss.; E. Di Carpegna Brivio, *Società miste per i servizi locali e principio di sussidiarietà. Di alcune difficoltà nell'integrazione tra pubblico e privato*, in *Dir. econ.*, n. 1/2013, 96 ss. e più di recente anche sulla

una disquisizione a proposito dell'evoluzione in dottrina e giurisprudenza circa la natura delle società in mano pubblica, in questa sede si vuole soltanto sottolineare che il passo dal dibattito circa il *quantum* di disciplina speciale e quindi derogatoria a quello della natura pubblica o privata della società medesima è stato molto breve nei fatti. Tale passo è stato alimentato forse anche dal sospetto che la previsione di un crescente e marcato regime di specialità, celasse in realtà l'intento di varare un'opera di generale pubblicizzazione, ad opera del legislatore sul presupposto di un rifiuto del diritto comune. Tale fenomeno di pubblicizzazione dello strumento societario, ha portato quali conseguenze sul piano giuridico dei rapporti di partenariato, non solo un'alterazione dei presupposti e del modello di *governance* bensì anche una generale asimmetria sperequativa nella collaborazione tra pubblico e privato, a favore del primo e a discapito del secondo⁵¹³.

Tornando a focalizzare l'attenzione sul modello delle società miste, è possibile coglierne non solo un modello paradigmatico di PPP c.d. istituzionalizzato⁵¹⁴, ma finanche uno strumento che, negli anni ha rappresentato un'occasione preziosa e vincente per rilanciare l'attività imprenditoriale e la collaborazione pubblico privato. Tutto ciò, atteso il riconoscimento di molteplici competenze operative e differenti esperienze gestionali, nel settore dei servizi pubblici, che tradizionalmente avevano conosciuto modelli di sviluppo saldamente ancorati al monopolio pubblico. E' opportuno segnalare tuttavia che le società miste, si sono affacciate storicamente nel nostro ordinamento tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90, in un contesto in cui l'attività amministrativa realizzata mediante contratti pubblici tendeva a improntare la propria azione operando un sostanziale bilanciamento tra l'interesse pubblico da

evoluzione disciplina dei servizi pubblici locali si veda *Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, in R. Vitolo (a cura di), Napoli, 2016, 21 ss.

⁵¹³ Così M. Dugato, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit., 68. Si veda anche sul punto M. Dugato, *Le società a partecipazione pubblica ad uso dell'economista*, in *Munus*, n.2/2011, 507, in cui rileva a proposito del dibattito circa la natura delle società in mano pubblica che «(...) l'assunto della prevalenza della sostanza pubblica sulla forma privata non convince. Da un lato, la forma civilistica, nel caso delle società di capitali, è essa stessa sostanza, essendo la disciplina del codice ricca di tutele e garanzie per il socio e gli interessi sociali. Dall'altro, molte delle garanzie del diritto amministrativo, come si è poco sopra visto, sono dalla legge estese alle società partecipate senza alcuna necessità di "entificarle"».

⁵¹⁴ Cfr. TAR Piemonte, Torino, sez. II, 10 giugno 2010, n. 2750 che ha riconosciuto come «anche i contratti di partenariato pubblico-privato possono essere manifestazioni consensuali di esercizio di potestà pubblicistiche; e non soltanto con riferimento alle concessioni (...) ma anche, ad esempio, con riferimento alle società miste». Sul tema di veda anche Cons. St., sez. V. 1 luglio 2005, n. 3672

un lato e il rispetto del principio di imparzialità, ovvero di *par condicio* dall'altro. Tale principio reso attuale, nel contesto odierno fortemente permeato dall'influenza del diritto europeo, si traduce nel rispetto del principio di concorrenza. In questo contesto, dove domina sovrano quest'ultimo principio, fungente anche da limite esterno al perseguimento dell'interesse pubblico che da sempre aveva informato l'attività amministrativa, le società miste al pari degli appalti sono da considerare quali occasioni di profitto. In particolare queste ultime, configurano esternalizzazione di un'occasione di profitto, per le ragioni che più oltre saranno esposte, e l'interesse pubblico rileva quale fattore eccezionale in termini derogatori per determinati e circoscritti aspetti⁵¹⁵.

Negli ultimi anni il legislatore nazionale ha introdotto previsioni normative finalizzate ad adeguare i profili strutturali e funzionali delle società miste ai principi del diritto europeo, al fine di consentirne una presenza equilibrata e bilanciata in un contesto economico di mercato informato ai principi di libera concorrenza di pari opportunità rispetto agli altri operatori economici privati⁵¹⁶, non senza registrare un faticoso cammino nel processo di conformazione al dettato europeo in cui sono rimasti intatti istituti inizialmente concepiti per rispondere ad esigenze completamente differenti⁵¹⁷.

Anche nell'ambito del governo locale, le società miste hanno assunto negli anni una centralità quale modello societario prevalentemente adottato, e le ragioni di tale successo devono essere ricercate ad avviso di una parte della dottrina, da un lato nella capacità intrinseca dello strumento societario misto di offrire un'utile occasione di cooperazione tra enti locali alternativa alle preesistenti esperienze di collaborazione pubbliche previste dall'ordinamento degli enti locali, e dall'altro nell'attitudine a conseguire *partnership* con i soggetti privati, coinvolti dall'ente locale sulla base delle proprie competenze tecniche e del proprio apporto in

⁵¹⁵ Così M. Dugato, *Le società a partecipazione mista per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 216.

⁵¹⁶ Cfr. M. Dugato, *Le società a partecipazione mista per la gestione dei servizi pubblici locali. Il procedimento di costituzione, l'affidamento dei lavori e la relazione tra ente socio e società*, in M. Dugato, F. Mastragostino (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bologna, 2014, 213 ss.

⁵¹⁷ Questa lettura è stata data da E. Di Carpegna Brivio, *Società miste per i servizi locali e principio di sussidiarietà. Di alcune difficoltà nell'integrazione tra pubblico e privato*, cit., 92 la quale ha osservato peraltro che in questo senso è emblematico il caso delle società miste le quali «nate negli anni Novanta per consentire all'amministrazione di impiegare modelli privatistici per il perseguimento di finalità pubblicistiche, esse sono divenute un caso di commistione tra pubblico e privato in cui il rispetto della concorrenza ha faticato ad affermarsi. (...) le società miste sembrano aver continuato a rispondere, nella loro evoluzione normativa, a un'idea di diritto pubblico ancora

termini economico-finanziari. Il legislatore preso atto della funzionalità di tale modello rispetto agli obiettivi d'interesse pubblico ha disciplinato la materia definendone il relativo regime all'interno della più ampia normativa in materia di enti locali⁵¹⁸.

La difficoltà strutturale che, ad avviso di parte della dottrina, investe le società miste ad affermarsi pienamente quale modello partenariale, risiede probabilmente nella insufficiente attenzione che il legislatore dedica alla valorizzazione dell'autonoma iniziativa della società civile, ovvero dell'attuazione della sussidiarietà orizzontale inquadrata non quale principio programmatico costituzionalizzato⁵¹⁹, in quanto non soggetta ad una piena giuridicità di meccanismi stabili, bensì quale principio ordinativo immanente alla società nella sua vocazione relazionale e dunque quale metodo pratico di impostazione e conduzione delle politiche pubbliche di sviluppo del territorio e dei servizi pubblici, nel perseguimento di obiettivi d'interesse generale. Ciò per evitare quanto accaduto con il fenomeno delle privatizzazioni che ha determinato la sostituzione di soggetti privati a soggetti pubblici senza alcun momento d'integrazione dialogica effettiva tra questi attori, ma avvallando una funzionalizzazione di risulta di soggetti e negozi privatistici. Le società miste, in altre parole, abbandonando l'impostazione che nel tempo le ha ridotte a strumenti giuridici di esternalizzazione dei servizi pubblici e recuperando un legame funzionale con il principio di sussidiarietà possono diventare «(...) veicoli per la

legata all'attribuzione di funzioni a soggetti pubblici o privati a seconda di interessi esclusivi della pubblica amministrazione».

⁵¹⁸ Fino alla sua abrogazione, la disciplina delle società miste trovava sistemazione all'art. 113 comma 5 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, Testo Unico Enti Locali che prevedeva la possibilità di attribuire la titolarità del servizio pubblico locale anche «(...) a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche». Un'altra disposizione, anch'essa abrogata, a riguardo delle società miste è quella dell'art. 116 che permetteva la costituzione di società miste a capitale pubblico minoritario. Ad ausilio di tali disposizioni si ponevano anche gli interventi della giurisprudenza amministrativa più volte impegnata, in sede interpretativa, a risolvere problemi di ordine applicativo ove il legislatore non aveva espressamente legiferato. Per l'attività del giudice amministrativo in materia di servizi pubblici locali si veda G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005

⁵¹⁹ In dottrina è stata rilevata (si veda L. Melica, voce *Sussidiarietà*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, VI, Milano, 2006, 5836 ss.) la sussistenza di dubbi circa la precettività costituzionale del principio di sussidiarietà orizzontale, tanto da rendere il dettato dell'art. 118 Cost. comma 4 una sorta di consiglio piuttosto che un vincolo costituzionale tanto da non permettere di ipotizzare una declaratoria di illegittimità di una legge per violazione del suddetto principio.

realizzazione di meccanismi sussidiari favorevoli all'instaurazione di una piena ed effettiva tutela della concorrenza»⁵²⁰.

Se da un lato l'istituto della società mista trovava pieno riconoscimento nell'ordinamento interno, dall'altro si manifestavano prassi attuative di tale modello che ne mettevano a repentaglio la legittimazione. In particolare dal 1990 al 1998 dottrina e giurisprudenza erano orientate in prevalenza a riconoscere che la selezione del socio privato nella società a partecipazione pubblica potesse avvenire senza previo espletamento di una gara ritenendo sufficiente il criterio dell'*intuitus personae* a garantire l'individuazione di un soggetto privato confacente al perseguimento dell'interesse pubblico, stabilito dall'amministrazione pubblica, mediante la società. Successivamente, attesa la rilevanza che andava assumendo il principio di concorrenza che, per effetto dell'influsso del diritto europeo, era diventata il perno del rapporto tra soggetto pubblico e mercato, si imponeva l'esigenza di selezionare il socio privato mediante l'espletamento di una procedura ad evidenza pubblica, in quanto dalla partecipazione alla compagine societaria deriva un'utilità economica in via diretta⁵²¹.

Infatti, la società mista è stata oggetto spesso di utilizzo in chiave contraria ed elusiva delle norme europee in materia di concorrenza, e ciò ha provocato una reazione sia da parte della giurisprudenza⁵²² sia del legislatore, atte a impedire una

⁵²⁰ Così E. Di Carpegna Brivio, *Società miste per i servizi locali e principio di sussidiarietà. Di alcune difficoltà nell'integrazione tra pubblico e privato*, cit., 115.

⁵²¹ Così M. Dugato, *Le società a partecipazione pubblica ad uso dell'economista*, cit., 509.

⁵²² Cfr. Cons. St., sez. V, 19 febbraio 1998 n. 192, secondo cui «La scelta del socio privato di minoranza di una società che ha ad oggetto la gestione di un pubblico servizio (nel caso il ciclo integrato delle acque) deve essere compiuta dal Comune attraverso una apposita procedura concorsuale perché il socio privato è un socio "imprenditore" chiamato a svolgere mediante il suo apporto parte rilevante di un pubblico servizio e ciò esclude che l'amministrazione possa basarsi, nella scelta del socio, su generici apprezzamenti soggettivi e, comunque, di carattere fiduciario perché ciò escluderebbe i principi di buona amministrazione e trasparenza dell'azione amministrativa». (massima). È interessante cogliere dalla giurisprudenza amministrativa di fine anni '90 che «il modulo organizzativo della società mista per azione ex art. 22, comma 3, lett. e) legge 8 giugno 1990, n. 142 (a prevalente capitale pubblico), delinea una forma di gestione diretta del servizio pubblico nel cui ambito non solo il rapporto tra P.A. e società è di natura giuspubblicistica, ma soprattutto la società stessa diviene organo indiretto dell'ente, deputato allo svolgimento del servizio affidatole». In senso conforme rispetto alla obbligatorietà di selezione del socio privato mediante procedure ad evidenza pubblica si veda Cons. St., Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1 con nota di C. Acocella, F. Liguori, *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria*, in *Foro amm. CDS*, 3, 2008, 786 ss. i quali hanno sostenuto che «(...) l'assenza di direttive settoriali non impedisce di ritenere che le amministrazioni aggiudicatrici siano tenute a selezionare in maniera trasparente il proprio contraente, con una precisa predeterminazione dei criteri di scelta, dandone adeguata pubblicità, e a motivare debitamente l'opzione per il sistema di scelta che più si adatta al caso concreto, considerando comunque residuale la praticabilità della procedura negoziata. La stessa logica dovrebbe guidare la procedimentalizzazione della selezione del partner privato di società mista».

finalizzazione distorsiva di tale strumento, mediante alcune misure tendenti non soltanto all'ossequiosa osservanza dei canoni di derivazione europea, peraltro già stabiliti puntualmente anche dalla Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblici-privati istituzionalizzati (PPPI) del 12 aprile 2008⁵²³, bensì al rispetto rigoroso innanzitutto dei principi costituzionali di cui all'art. 97 Cost. in materia di imparzialità e buon andamento dell'attività amministrativa. L'affacciarsi peraltro delle società *in house* accanto alle società miste nel panorama delle forme giuridiche di gestione dei servizi pubblici specialmente locali, ha destato l'interesse di non pochi enti locali che hanno avviato processi di trasformazione di società miste in società *in house* sul presupposto di tutelare al meglio l'interesse pubblico da perseguire e di garantire le prerogative pubbliche nelle dinamiche di *governance*.

Le società miste hanno dovuto fare i conti, peraltro, con le ricadute prodotte dalla definizione degli aspetti attuativi che il nuovo modello *in house* poneva. Infatti, la delegazione interorganica presuppone tra i propri requisiti indefettibili, ai fini della legittimità del modello secondo i parametri stabiliti in sede europea, il controllo dell'amministrazione costituente e partecipante sulla società analogo a quello che la stessa esercita sui propri uffici interni, e che tale controllo analogo può essere meglio assicurato dalla presenza di capitale pubblico totalitario nella compagine societaria, ritenendo al contempo la presenza di soci privati fattore alterante i presupposti di tale controllo. Sulla base di tale assunto, parte della dottrina⁵²⁴ si è sentita abilitata ad estendere la validità dei presupposti di tale modello di relazione tra amministrazione e società, anche alle società miste. In

⁵²³ Cfr. Comunicazione del 12 aprile 2008, 2008/C 91/02, «Il fatto che un soggetto privato e un'amministrazione aggiudicatrice cooperino nell'ambito di un'entità a capitale misto non può giustificare il mancato rispetto, in sede di aggiudicazione di appalti pubblici o concessioni a tale soggetto privato o all'entità a capitale misto, delle disposizioni in materia di appalti pubblici e concessioni. (...) Indipendentemente dalle modalità di costituzione del PPPI, le disposizioni di diritto comunitario in materia di appalti pubblici e concessioni impongono all'amministrazione aggiudicatrice di seguire una procedura equa e trasparente quando procede alla selezione del partner privato che, nell'ambito della sua partecipazione all'entità a capitale misto, fornisce beni, lavori o servizi, o quando procede all'aggiudicazione di un appalto pubblico o di una concessione a un'entità a capitale misto» (p.ti. 2.1, 2.2.). Per un'analisi circa l'attualità della Comunicazione interpretativa della Commissione soprattutto laddove essa ammette in determinati casi la selezione del socio privato attraverso la procedura negoziata competitiva si veda da ultimo M. Ceruti, *E' ammessa la procedura negoziata per la scelta del socio privato alle società miste? L'attualità della Comunicazione interpretativa della Commissione sui PPPI del 2008*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 247 ss.

⁵²⁴ Alcuni di questi dubbi sono stati manifestati tra gli altri anche da R. Ursi, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2006, 179 ss.

tale modo è stato è stata messa in dubbio la legittimità, anche ai fini dell'affidamento diretto del servizio, della gara esperita per la selezione del socio privato nel procedimento di costituzione della società mista. In sostanza è stata prospettata anche in sede giurisprudenziale⁵²⁵ nonostante fosse stata sempre esclusa in precedenza⁵²⁶, la necessità di ricorrere ad una duplice e distinta procedura ad evidenza pubblica, la prima ai fini della selezione del socio privato e la seconda ai fini dell'affidamento del servizio, in quanto procedure non equivalenti, in difetto delle quali si sarebbe configurato una violazione del diritto europeo in materia di affidamento diretto. La *vexata quaestio* è stata, infine, risolta grazie all'intervento del Consiglio di Stato⁵²⁷ che offrendo un'interpretazione equilibrata tra chi sosteneva la necessità di una doppia gara per permettere alla società mista con capitale privato di minoranza di aggiudicarsi la gestione di un servizio pubblico e chi invece riteneva legittimo l'affidamento diretto di un servizio pubblico ad una società mista a prevalenza di capitale pubblico la quale aveva selezionato *ab origine* con procedure ad evidenza pubblica il socio privato di minoranza, ha fatto leva invece sul concetto di fungibilità ampiamente intesa tra lo schema giuridico funzionale della società mista ed il contratto di appalto, come ha, peraltro, opportunamente argomentato sul punto l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nel 2008⁵²⁸.

Il quadro legislativo in materia di società miste, per la gestione di servizi pubblici locali prima dell'entrata in vigore del Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica e prima ancora della sentenza abrogativa della Corte Costituzionale del 2012, era rappresentato dall'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n.

⁵²⁵ Cfr. Cons. giust. amm. Sicilia, 27 ottobre 2006, n. 589.

⁵²⁶ Cfr. Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2005, n. 272 che asserisce come «la costituzione di una società mista a capitale pubblico maggioritario non avrebbe, invero, alcuna utilità per l'Ente locale che la ha costituita, ove, poi, lo stesso Ente non potesse affidarle direttamente i servizi pubblici di propria competenza».

⁵²⁷ Cfr. Cons. St., sez. II, par. 18 aprile 2007, n. 456 secondo cui «è ammissibile il ricorso alla figura della società mista nel caso in cui essa non costituisca, in sostanza, la beneficiaria di un affidamento diretto, ma la modalità organizzativa con la quale l'Amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al socio operativo della società». Tale posizione espressa dalla giurisprudenza segna un'evoluzione nel rapporto tra ente pubblico socio e società mista soprattutto dopo l'introduzione nel nostro ordinamento del d.lgs. n. 267/2000 (TUEL).

⁵²⁸ Cons. St., Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1 che riprendendo e sistematizzando il parere n. 457/2007 del Consiglio di Stato ha osservato come «In altri termini, secondo la sezione consultiva, la gestione del servizio può essere indifferentemente affidata con apposito contratto di appalto, o con lo strumento alternativo del contratto di società, costituendo apposita società a capitale misto. Nel caso del "socio di lavoro", "socio industriale" o "socio operativo" (come contrapposti al "socio finanziario"), si è affermato che l'attività che si ritiene "affidata" (senza gara) alla società mista sia, nella sostanza, da ritenere affidata (con gara) al partner privato scelto con una procedura di evidenza pubblica, la quale abbia a oggetto, al tempo stesso, anche l'attribuzione dei suoi compiti operativi e la qualità di socio».

138 convertito con modificazioni dalla l. 14 settembre 2011, n. 148. Ai commi 8, 11 e 12⁵²⁹ si evidenziava che l'affidamento di un servizio pubblico locale ad una società mista, non può mai attuarsi in via diretta, contrariamente a quanto avveniva in precedenza in cui, previo esperimento della gara per la selezione del socio privato, l'amministrazione affidava direttamente il servizio alla società mista, quando il socio privato era stato a monte scelto con gara. Il problema non sussisteva più a seguito delle previsioni normative richiamate, perché la gara era a c.d. "doppio oggetto". Attraverso un'unica procedura ad evidenza pubblica, infatti, si affidava il servizio e contestualmente si selezionava il socio privato. Quest'ultimo era soggetto a limiti quantitativi (non inferiore al 40%) e qualitativi di partecipazione. Il parere del Consiglio di Stato del 2007 ha chiarito in questo modo quali presupposti dovessero ricorrere al fine di considerare conforme al diritto europeo la costituzione di una società mista e la legittimo l'affidamento diretto ad essa di un servizio pubblico locale. L'unico divieto che permaneva nell'allora vigente quadro normativo era quello dell'art. 13, commi 1 e 2, del d.l. n. 223/2006 (c.d. decreto Bersani), convertito, con modificazioni, dalla l. n. 248/2006. Tale normativa prevedeva in sostanza anche per le società miste delle amministrazioni locali o regionali aventi ad oggetto produzioni di beni o servizi strumentali alle amministrazioni stesse, l'obbligo di svolgere attività a favore degli enti soci e il divieto di operare *extra moenia*, mantenendo l'esclusività dell'oggetto sociale. Tale previsione risulta peraltro abrogata per effetto dell'entrata in vigore del d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, recante Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica e del successivo decreto legislativo correttivo.

Secondo il parere del giudice amministrativo, la società mista non può essere confusa o assimilata ad altri modelli societari di gestione dei servizi pubblici locali ed in particolare alle società *in house*, che rivestono presupposti differenti, e parimenti le collaborazioni pubblico-private cristallizzate nel modello societario non sono da ritenersi moduli ordinari di gestione, talché ai fini del ricorso a quest'ultime, in difetto di una espressa previsione legislativa, è necessaria una

⁵²⁹ Cfr. Art. 4 comma 12 d.l. 13 agosto 2011, n. 138 convertito con modificazioni dalla l. 14 settembre 2011, n. 148 per il quale «il bando di gara o la lettera di invito assicura che: a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie; b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento; c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione».

adeguata e puntuale motivazione⁵³⁰. Il giudice amministrativo legittimava l'esperienza di *partnership* pubblico-privata, chiarendo, inoltre, che non fosse necessario esperire una duplice procedura ad evidenza pubblica per affidare un servizio pubblico ad una società mista, bensì che fosse sufficiente una gara la quale si configurasse a “doppio oggetto”, l'uno per la selezione del socio privato e l'altro per l'affidamento del servizio medesimo. Con ciò presupponendo la sussistenza di alcune condizioni quali la qualifica di socio industriale con precisi e puntuali compiti operativi e gestionali in ordine al servizio da affidare e non di mero socio finanziario nella società mista, la possibilità per l'ente pubblico socio di intervenire nella gestione del servizio, ed infine la possibilità di fissare un limite a livello temporale per la collaborazione con il privato nell'ambito della società mista⁵³¹. L'altro punto di vista autorevole per quanto riguarda la disciplina delle società miste è quello della citata Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 2008⁵³². In tale pronuncia, infatti, veniva richiesto ai fini della legittimità dell'affidamento diretto di un servizio, che la selezione del socio privato avvenisse contestualmente alla definizione delle finalità specifiche in termini operativi della società e non semplicemente *ex ante* alla definizione delle stesse. Veniva puntualizzato, altresì, che la selezione del socio privato dovesse prevedere tanto l'idoneità e l'adeguatezza delle offerte economiche quanto la valutazione delle competenze di ordine professionale, nonché la temporaneità della permanenza del socio privato selezionato, all'interno dell'assetto societario,

⁵³⁰ Chiamato a pronunciarsi sulla natura della società mista, il giudice di legittimità (Cass. Sez. Un., 5 luglio 2011, n. 14655 e più di recente anche Cass, Sez. Un., 12 febbraio 2014, 3201) ha assertedo che essa si configura quale forma organizzativa privata, cui l'ente pubblico partecipa mediante apporto di capitale che non integra assolutamente un'attribuzione di provvidenze di natura pubblica a destinazione vincolata, ed atteso che la società medesima è chiamata a svolgere attività d'impresa è stata negata la soggettività pubblica, ancorché essa sia a prevalente partecipazione pubblica e preposta allo svolgimento di servizi pubblici, ponendo così in secondo piano il profilo strumentale che caratterizza la società mista. Ancorchè lo svolgimento di compiti d'interesse generale non è riservato soltanto ai pubblici poteri, ciò non implica come ha ribadito sempre lo stesso giudice di legittimità (Cass. Sez. Un., 9 maggio 2011, n. 10063) il venire meno dell'esigenza di accertare in concreto se la società si configuri quale «soggetto non solo formalmente ma anche sostanzialmente privato ovvero se essa sia un (...) modello organizzatorio del quale si avvalga la P.A. al fine di perseguire le proprie finalità».

⁵³¹ Così G. Piperata, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in M. Cammelli, M. Dugato (a cura di) *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, cit., 316-317.

⁵³² Cfr. Cons. St., Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1 secondo cui «È illegittimo l'affidamento diretto di un servizio pubblico (nella specie si trattava del servizio di assistenza domiciliare) ad una società mista, il cui capitale sociale appartiene in maggioranza ad una pluralità di aziende sanitarie locali e per la restante parte a soci privati pur scelti con gara ma senza predeterminazione delle finalità proprie della società al momento della scelta dei soci, posto che la scelta con gara del socio privato effettuata “a monte” della costituzione della società, non garantisce gli stessi effetti di una pubblica gara da svolgersi con riferimento al singolo servizio». (massima)

confermando con ciò l'orientamento pregresso, manifestato nel parere del Consiglio di Stato n. 456/2007.

Il profilo che emerge nelle ricostruzioni giurisprudenziali segnala che i requisiti del socio privato nella società mista, lo qualificano chiaramente quale soggetto essenzialmente gestore (e non un *partner*) e *pro tempore* (e non stabile). Il socio privato, infatti, è gestore di un servizio e soltanto quello, predeterminato in sede di gara per la selezione del socio stesso, essendo fatto esplicito divieto di affidare ulteriori servizi rispetto a quelli predeterminati. Inoltre, le condizioni contrattuali fissate nel bando di gara, non possono subire adeguamenti e modificazioni nel corso dello svolgimento del rapporto partenariale societario se non appunto prestabiliti con criteri automatici a monte del confronto concorrenziale in sede di gara. In questo quadro, la società mista si atteggia alla stregua di un soggetto appaltatore della stazione appaltante, rappresentata dall'amministrazione pubblica costituente e/o partecipante la società, determinando la soggezione della società mista in tema di affidamento alle norme inerenti la disciplina dei contratti pubblici⁵³³.

Così configurata, la società mista, annoverata tradizionalmente nell'ambito dei modelli di PPP istituzionalizzato, descrive in modo più puntuale un modello più simile a quello dell'*outsourcing*, ovvero dell'esternalizzazione nella gestione dei servizi pubblici, che non piuttosto a quello del modello che la dottrina giuridica amministrativistica aveva qualificato come amministrazione indiretta⁵³⁴. La stessa dottrina, ha sostenuto pertanto che la chiave di lettura del rapporto tra socio privato e società mista, ovvero l'amministrazione pubblica, cristallizzato nell'assetto dello strumento societario, debba essere intesa quale descrittiva nel senso di una vera e propria esternalizzazione e non di un partenariato. Ciò perché il fattore che caratterizzerebbe quest'ultima dinamica di collaborazione è l'adattamento delle condizioni contrattuali societarie al mutamento delle condizioni del contesto non previste al momento della costituzione, che quindi si avvicinerrebbe sempre di più al modello dell'appalto⁵³⁵.

⁵³³ Il d.lgs. n. 50/2016 all'art. 5 comma 9 prevede che «Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e gestione di un'opera pubblica o per l'organizzazione e la gestione di un servizio di interesse generale, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica».

⁵³⁴ Così M. Dugato, *Le società a partecipazione pubblica ad uso dell'economista*, cit., 509-510.

⁵³⁵ Di questo avviso M. Dugato, *Le società a partecipazione mista per la gestione dei servizi pubblici locali*, cit., 217 ss. che ha rilevato come «(...) le società miste oggi sono una forma di partenariato pubblico-privato solo se le intendiamo nel senso indicato dalla Comunicazione della Commissione e non nel senso tradizionale che rinvia ad un modello in cui il pubblico ed il privato

Da ultimo il Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica che ad oggi rappresenta la base normativa di riferimento per le società pubbliche, interviene anche sulle società miste pubblico-privato, introducendo alcune misure innovative per molti aspetti. Innanzitutto all'interno del d.lgs. n. 175/2016, nella parte in cui vengono tipizzati i casi in cui è ammesso il ricorso allo strumento societario da parte delle pubbliche amministrazioni, la società mista trova un riconoscimento formale, in quanto formula strutturale che favorisce il partenariato con gli operatori economici privati per la realizzazione di opere o la fornitura di servizi⁵³⁶. Il Testo Unico non si limita, tuttavia, a prevedere semplicemente il modello della società mista, ma disciplina alcuni aspetti per quanto concerne la gara, la selezione del socio privato, la qualifica ed i requisiti di quest'ultimo ed infine la durata dell'iniziativa societaria partenariale. A riguardo della gara, il legislatore delegato appare confermare le conclusioni cui era già pervenuta in passato la giurisprudenza amministrativa⁵³⁷, ad avviso della quale sul presupposto delle disposizioni europee in materia di PPP. L'obbligatorietà dell'esperimento della procedura ad evidenza pubblica, a c.d. "doppio oggetto" viene confermata sia dall'art. 7 comma 5⁵³⁸, che richiama la previsione contenuta nel nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni, sia dall'art. 17 comma 1⁵³⁹ e dev'essere costruita secondo alcuni criteri. Inoltre, il bando di gara dev'essere alquanto puntuale, perché come precisa il comma 2 «(...) deve specificare l'oggetto

si mettono insieme per fare qualcosa; come abbiamo visto infatti pubblico e privato si mettono insieme per esercitare i loro poteri assembleari ma l'attività viene esercitata da un soggetto esterno e gestore».

⁵³⁶ Cfr. art. 4 comma 2 lett. c) d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 «realizzazione e gestione di un'opera pubblica ovvero organizzazione e gestione di un servizio d'interesse generale attraverso un contratto di partenariato di cui all'articolo 180 del decreto legislativo n. 50 del 2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all'articolo 17, commi 1 e 2».

⁵³⁷ Cfr. Cons. St., sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555 secondo cui «l'affidamento diretto di servizi a società mista è consentito al ricorrere delle seguenti condizioni: 1) che esista una norma di legge che autorizzi l'amministrazione ad avvalersi di tale "strumento"; 2) che il partner privato sia scelto con gara; 3) che l'attività della costituenda società mista si resa, almeno in via prevalente, in favore dell'autorità pubblica che ha proceduto alla costituzione della medesima; 4) che la gara (unica) per la scelta del partner e l'affidamento dei servizi definisca esattamente l'oggetto dei servizi medesimi (deve trattarsi di servizi "determinati"); 5) che la selezione della offerta migliore sia rapportata non alla solidità finanziaria dell'offerente, ma alla capacità di svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto; 6) che il rapporto instaurando abbia durata predeterminata».

⁵³⁸ Cfr. art. 7 comma 5 d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 «Nel caso in cui sia prevista la partecipazione all'atto costitutivo di soci privati, la scelta di questi ultimi avviene con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016».

⁵³⁹ Cfr. art. 17 comma 1 d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 «Nelle società a partecipazione mista pubblico-privata, la quota di partecipazione del soggetto privato non può essere inferiore al trenta per cento e la selezione del medesimo si svolge con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016 e ha a oggetto, al contempo, la sottoscrizione o l'acquisto della partecipazione societaria da parte del socio privato e l'affidamento del contratto di appalto o di concessione oggetto esclusivo dell'attività della società mista».

dell'affidamento, i necessari requisiti di qualificazione generali e speciali di carattere tecnico ed economico-finanziario dei concorrenti, nonché il criterio di aggiudicazione che garantisca una valutazione delle offerte in condizioni di concorrenza effettiva, in modo da individuare un vantaggio economico complessivo per l'amministrazione pubblica che ha indetto la procedura. I criteri di aggiudicazione possono includere, tra l'altro, aspetti qualitativi ambientali, sociali connessi all'oggetto dell'affidamento o relativi all'innovazione». Nella documentazione di gara, all'avviso pubblico dev'essere, inoltre, allegata «(...) la bozza dello statuto e degli eventuali accordi parasociali, nonché degli elementi essenziali del contratto di servizio e dei disciplinari e regolamenti di esecuzione che ne costituiscono parte integrante». Il socio privato dev'essere operativo, e non meramente finanziario, ossia deve assumersi precisi compiti operativi nella gestione della società mista nell'ottica della promozione del PPP e pertanto esso deve «(...) possedere i requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari in relazione alla prestazione per cui la società è stata costituita». Un'attenzione specifica viene, infine, riservata alla durata del rapporto con il socio privato: questa non può eccedere la durata dell'appalto o della concessione per l'affidamento e l'esecuzione dei quali la società è stata costituita. Il comma 3 dispone, tuttavia, che lo statuto «(...) prevede meccanismi idonei a determinare lo scioglimento del rapporto societario in caso di risoluzione del contratto di servizio». E' possibile osservare che, il profilo emergente dall'ultimo intervento normativo operato dal Testo Unico in chiave organica e sistematica, descrive un quadro in cui coesistono molte conferme e qualche novità. Resta da verificare l'attitudine che tali norme avranno al fine di incidere virtuosamente in termini di efficienza ed efficacia sull'azione delle società stesse, e dunque sarà da valutare anche l'interazione con le norme dettate dal Codice dei contratti pubblici e delle concessioni e dal Testo Unico in materia di servizi d'interesse economico generale⁵⁴⁰.

⁵⁴⁰ Cfr. schema di d.lgs. recante il Testo Unico in materia di servizi d'interesse economico generale che all'art. 7 comma 1 lett. b) in caso di esternalizzazione del servizio contempla l'affidamento a società mista «(...) il cui socio privato sia stato scelto con procedura a evidenza pubblica, secondo le modalità previste dal diritto dell'Unione europea e dal decreto legislativo adottato ai sensi dell'art. 18 della legge 7 agosto 2015, n. 124;» quale modalità ordinaria di affidamento al pari dell'affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica e della gestione diretta attraverso affidamento *in house providing*. All'art. 9 comma 5, lett. b) la società mista viene inquadrata tra le modalità a cui ricorrere ai fini della gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali essenziali qualora essa sia separata dalla gestione del servizio.

3.4. *Le Università-Fondazione, le Fondazioni universitarie, e altri strumenti per il PPP nella ricerca scientifica.*

Il riconoscimento della piena capacità giuridica di diritto privato in capo agli enti pubblici, ha assunto una particolare valenza dal punto di vista della collaborazione pubblico-privato anche nel contesto universitario. Le università, fin dalla sua nascita collocata nel Medioevo, si sono poste fin dall'inizio quali fenomeni aventi una funzione specializzata, organizzata separatamente rispetto agli altri poteri⁵⁴¹. In attuazione dell'art. 33 Cost., che conferisce alle università il diritto di dotarsi di ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalla legge, l'art. 6 della l. 9 maggio 1989, n. 168 c.d. Legge Ruberti ha riconosciuto agli atenei «autonomia didattica, scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile». L'attuazione di tale processo di autonomia funzionale, riconosciuta alle università, anche se segnata da rallentamenti, interessata da ripensamenti ed incisa da interventi legislativi realizzati in controtendenza alle finalità del processo stesso⁵⁴², ha permesso di disancorare gli enti universitari da un modello burocratico e centralizzato, passando così da un sistema retto da un modello di amministrazione

⁵⁴¹ Si veda R. Finocchi, *Le Università*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da S. Cassese, pt. spec, Milano, t. II, 2003, 1349 ss; S. Cassese, *L'università e le istituzioni autonome nello sviluppo politico dell'Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 755 ss.

⁵⁴² Si allude alla l. 30 dicembre 2010, n. 240 recante "Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario" attraverso cui come ha osservato M. Dugato, *Università: l'autonomia mutilata*, in G. Colombini (a cura di), *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università*, vol. III, Napoli, 2013, 20-21 «(...) siamo tornati ad un centralismo che a differenza dello schema proposto dalla legge "Ruberti" n. 168/1989 ha determinato la compressione di ogni scelta nel modello auto-organizzativo. (...) Nel sistema della legge "Ruberti" dell'89 era evidente che lo Stato si sarebbe dovuto limitare a fissare i principi, le mete e si sarebbe dovuto astenere dal definire qualsiasi disciplina di dettaglio e soprattutto dall'entrare nel dettaglio. La disciplina normativa degli ultimi anni, soprattutto, degli ultimi dieci anni, dimostra invece che lo Stato non solo è entrato nel dettaglio, ma si è totalmente chiamato fuori dall'individuazione delle mete, per cui, sostanzialmente, non fissa i principi, non ha mai spiegato quale modello di università vuole e che cosa vuole dall'Università». Considerazioni critiche sono state mosse anche da G. Caia, *Trasformazione delle Università e Fondazioni universitarie*, in G. Colombini (a cura di), *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università*, vol. III, Napoli, 2013, 61 secondo il quale «(...) il mantenimento delle università nella loro configurazione di enti pubblici avrebbe comunque dovuto garantire una progressione o comunque una piena conferma della loro posizione autonomistica. Differentemente, la riforma introdotta con la citata legge n. 240/2010 ha di molto dilatato l'interpretazione dei limiti che la legislazione dello Stato può porre rispetto all'autonomia universitaria, perché ha inserito le università in un ordinamento sezionale con accrescimento di poteri di governo dal centro e con pervasivo uniformismo imposto dalle nuove norme che assumono carattere di dettaglio, nonostante si definiscano quali "principi e criteri direttivi" o "vincoli e criteri direttivi". Sintomatico dell'impostazione centralista, non adeguatamente rispettosa dell'art. 33 Cost. è la stessa definizione formale degli Atenei pubblici come "università statali" (art. 2, legge n. 240/2010), denominazione che determina un regresso concettuale rispetto a

indiretta caratterizzato dall'uniformità e dalla standardizzazione ad un assetto ordinamentale in cui risalta il tratto della differenziazione e della pluralità soggettiva⁵⁴³. Con ciò, giustificando pertanto l'affermazione per la quale non si dovrebbe più tanto parlare di università bensì di sistema universitario, non più uniforme, omogeneo, bensì plurale ed eterogeneo⁵⁴⁴.

Nel corso degli anni il legislatore ha previsto anche nuovi modelli di università, in ossequio al principio di autonomia ed al corollario di differenziazione finalizzata al perseguimento di tale principio, ovvero le università telematiche, presenti nel nostro ordinamento, e le università-fondazione, assenti in quanto la norma è rimasta inattuata. Accanto alla nascita di nuove università si colloca il sistema di partecipazione ascrivibili agli atenei, i quali costituiscono e/o detengono partecipazioni in forme giuridiche quali consorzi, società, associazioni, fondazioni e *spin off*⁵⁴⁵. Tralasciando la trattazione delle università telematiche e analizzando i presupposti delle università-fondazione, quali strumenti più significativi di collaborazione pubblico-privato, non si può tacere il fatto che tali fattispecie, rappresentano secondo parte della dottrina il modello più compiuto di un processo di privatizzazione delle università possibile a discrezione dell'ente sulla base di quanto dispone l'art. 16 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 convertito

quella che si era affermata ("università degli studi") per distinguerle da altre istituzioni universitarie aventi altra configurazione (le università c.d. libere)».

⁵⁴³ In merito all'evoluzione normativa dell'autonomia universitaria si vedano tra gli altri F. Merloni, *Commento all'art. 6*, in Id., (a cura di), *Il Ministero e l'autonomia delle università e della ricerca*, Bologna, 1989, 82; A.M. Poggi, *Le autonomie funzionali "tra" sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001; F. Merloni, *Università*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, VI vol., Milano, 2006, 6103 ss.; M. Dugato, G. Piperata, voce *Università degli studi. I) pubbl.*, in *Enc. giur.*, 2007, 1 ss.; F. Merusi, *Legge e autonomia nelle Università*, in *Dir. amm.*, 2008, 739 ss.; S. Battini, *La nuova governance delle Università*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2011, 359 ss.; *Competizione e governance del sistema universitario*, E. Picozza, A. Police (a cura di), Torino, 2013; G. Vesperini, *Iperregolazione e burocratizzazione del sistema universitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2013, 947 ss.;

⁵⁴⁴ In questi termini F. Giglioni, *Pubblico e privato nel sistema universitario italiano*, in G. Piperata (a cura di), *L'università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, vol. II, Napoli, 2014, 38 ss.

⁵⁴⁵ In realtà a ben vedere come ha opportunamente osservato G. Caia, *Trasformazione delle Università e Fondazioni universitarie*, cit., 57 in ordine al rapporto tra università-fondazione e fondazioni universitarie che «(...) i due fenomeni non sono necessariamente correlati e comunque, oggi, non coesistono; si può anzi dire che essi sono in qualche modo antitetici, nel senso che l'uno determinerebbe - per molti versi - la non necessità dell'altro e viceversa. La trasformazione delle università pubbliche in fondazioni e la realizzazione in tale (nuova) forma dello scopo di pubblica utilità renderebbe, infatti inutile e, per alcuni aspetti, incompatibile la presenza (a valle di tali rivenienti fondazioni) di altre fondazioni universitarie strumentali e di supporto, anche se non si può escludere che le fondazioni di conseguenti alla trasformazione delle attuali università possano partecipare a figure soggettive di carattere societario o consortile (per il carattere marcatamente funzionale ed operativo di queste due ultime)».

con modificazioni in l. 6 agosto 2008, n. 133⁵⁴⁶, in forza del quale le università possono scegliere di trasformarsi in fondazioni. A tale fine non sarebbe stato possibile né appellarsi alla disciplina di cui agli artt. 2500-*sexies*, 2500-*septies* e 2500-*octies* cod. civ. che permette rispettivamente la trasformazione nelle, da, in, società di capitali in quanto previsioni non applicabili alle pubbliche amministrazioni né si sarebbe potuti ricorrere, parimenti, alle norme speciali che prevedevano la trasformazione degli enti pubblici economici o delle aziende autonome. Le fondazioni, di cui alla previsione dell'art. 16, sono da inquadrare tra le fondazioni di partecipazione⁵⁴⁷, le quali godono di autonomia gestionale, organizzativa e contabile, sono prive di finalità commerciali e non possono distribuire gli utili⁵⁴⁸. Il *favor* per l'apporto finanziario dei *partner* privati, sia pure sul piano fiscale, è reso manifesto dalla previsione di cui al comma 5 secondo cui i trasferimenti a favore delle fondazioni universitarie a titolo di contributo o di liberalità sono esenti da tasse o imposte indirette e diritti dovuti a qualunque altro titolo e sono deducibili ai fini fiscali, con l'abbattimento fino al novanta per cento degli onorari notarili dovuti per atti di donazione a favore delle medesime fondazioni. La norma in questione è abbastanza sintetica, in quanto priva di disposizioni di dettaglio: non viene stabilito un termine entro il quale procedere o meno alla trasformazione; l'opzione a favore della trasformazione è demandata alla discrezionalità dell'università, mediante una deliberazione dei propri organi accademici di vertice, ovvero il Senato accademico; non viene neppure

⁵⁴⁶ Sulle Università-Fondazione si vedano M. Cocconi, *La trasformazione delle Università pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1215 ss.; A. Marra, *Trasformare le università in fondazioni? Riflessioni a margine dell'art. 16 del d.l. 112/2008*, in *Dir. econ.*, 3-4/2009, 645 ss.; P. Pozzani, *Caratteri e disciplina della (possibile) trasformazione delle Università in Fondazioni*, in F.A. Roversi Monaco (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, Bologna, 2013, 187 ss.; G. Caia, G. Caia, *Trasformazione delle Università e Fondazioni universitarie*, in G. Colombini (a cura di), *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università*, vol. III, Napoli, 2013, 58-61; F. Giglioni, *Pubblico e privato nel sistema universitario italiano*, in G. Piperata (a cura di), *L'università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, vol. II, Napoli, 2014, 52-56.

⁵⁴⁷ Così A. Police, *Le fondazioni di partecipazione*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, 402. Sulle fondazioni di partecipazione si veda E. Bellezza, F. Florian, *Le fondazioni del terzo millennio*, Firenze, 1998.

⁵⁴⁸ Cfr. art. 16 comma 4 d.l. 25 giugno 2008, n. 112 convertito con modificazioni in l. 6 agosto 2008, n. 133 «Le fondazioni universitarie sono enti non commerciali e perseguono i propri scopi secondo le modalità consentite dalla loro natura giuridica e operano nel rispetto dei principi di economicità della gestione. Non è ammessa in ogni caso la distribuzione di utili, in qualsiasi forma. Eventuali proventi, rendite o altri utili derivanti dallo svolgimento delle attività previste dagli statuti delle fondazioni universitarie sono destinati interamente al perseguimento degli scopi delle medesime».

predisposta una *road map* in termini di vincoli e limiti fissati per l'organizzazione dell'università trasformata in fondazione; per concludere il controllo congiunto del Ministero dell'Università e della Ricerca (MIUR) e del Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), i quali vantano peraltro il diritto di nomina nel collegio dei sindaci, esercitato sul processo di trasformazione e poi sulla fondazione risultante da quest'ultima, non si presenta difforme rispetto ai controlli di cui al codice civile (capo III, titolo III, libro I) e di cui al d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361 in materia di riconoscimento della personalità giuridica. La previsione di cui all'art. 16, ancorché tuttora vigente, non è mai stata attuata fino ad oggi, e tuttavia, ad un'attenta analisi la sua portata nel contesto normativo attuale che attiene al sistema universitario, come ha osservato parte della dottrina⁵⁴⁹, avrebbe oggi una portata innovativa alquanto ridotta in termini di efficacia. Ciò, soprattutto, in quanto i presupposti esistenti all'epoca della sua emanazione, ovvero un alto grado di riconoscimento dell'autonomia funzionale degli enti universitari, così come prospettato dalla l. n. 168/1989, sulla base dell'art. 33 Cost., oggi sono di fatto decaduti o comunque profondamente rivisitati dalla l. n. 240/2010, la quale ha conculcato l'autonomia a favore di un'omogeneità ed un'uniformità generale in termini di organizzazione dell'assetto universitario. Stante il rinnovato quadro giuridico risultante dalla riforma universitaria del 2010, è difficile sostenere che la norma di cui all'art. 16 possa essere foriera di un forte processo di *deregulation* o di privatizzazione, atteso che le fondazioni derivanti dalla trasformazione delle università continuano ad essere assoggettate, in base al comma 14, alle disposizioni vigenti per le università statali, in quanto compatibili la natura della fondazione di diritto privato e con ciò la vocazione essenzialmente non lucrativa, la soggezione al controllo del giudice contabile, secondo le modalità previste dalla legge 21 marzo 1958, n. 25, che riferisce annualmente al Parlamento, fermo restando il beneficio del finanziamento pubblico⁵⁵⁰. Da ultimo

⁵⁴⁹ Così G. Caia, *Trasformazione delle Università e Fondazioni universitarie*, cit., 59.

⁵⁵⁰ Cfr. art. 16 comma 9 d.l. 25 giugno 2008, n. 112 convertito con modificazioni in l. 6 agosto 2008, n. 133 «La gestione economico-finanziaria delle fondazioni universitarie assicura l'equilibrio di bilancio. Il bilancio viene redatto con periodicità annuale. Resta fermo il sistema di finanziamento pubblico; a tal fine, costituisce elemento di valutazione, a fini perequativi, l'entità dei finanziamenti privati di ciascuna fondazione». Sul punto si veda F. Giglioni, *Pubblico e privato nel sistema universitario italiano*, cit., 53 ad avviso del quale l'art. 16 comma 9 rappresenterebbe prova indiretta di possibili equilibri variegati della fondazioni risultante dalla trasformazione dell'ente pubblico università a favore di soggetti esterni. Infatti, in tale previsione emerge con forza «(...) la finalità di contenimento della spesa pubblica (...) l'assenza della definizione delle garanzie di *governance* per l'ente di riferimento dovrebbe

viene previsto al comma 12 che in caso di gestione non corretta degli organi amministrativi o di rappresentanza, la fondazione può essere soggetta al potere di commissariamento da parte dell'ente vigilante ovvero il MIUR, che provvede alla nomina di un commissario straordinario con il compito di amministrare ripristinando una gestione corretta ed equilibrata, e di nominare i nuovi amministratori entro sei mesi secondo quanto dispongono le norme statutarie. Per quanto riguarda il contratto di lavoro per i dipendenti della fondazione, il comma 13 prevede il contratto applicabile al momento della trasformazione in fondazione, ma tace sulla categoria contrattuale da applicare nella vigenza del regime fondazionale. Il quadro giuridico delle università-fondazioni che emerge autorizza a supporre certamente che la disciplina approntata dal legislatore, si caratterizza per essere oscura e sufficientemente problematica, e ciò non può non destare perplessità in ordine ad una disciplina che sceglie di non entrare nel dettaglio, demandandolo alle disposizioni statutarie di ogni singolo ateneo statale, cui è riconosciuta la facoltà di trasformarsi in fondazione.

Parte della dottrina ha ritenuto di ascrivere le università-fondazione ad un *tertium genus*, a metà tra le università statali e quelle non statali da cui però deriverebbero alcuni profili d'illegittimità costituzionale⁵⁵¹. Un parte della dottrina⁵⁵² ha intravisto, a dire il vero non con ragioni così fondate bensì più dettate forse da un approccio ideologico, nella norma dedicata alla facoltà per gli atenei statali di trasformarsi in fondazioni, un rischio di favorire gli interessi dei privati a

costituire uno stimolo a un investimento più cospicuo dei soggetti privati che sarebbero incentivati dalla possibilità di disporre anche il controllo».

⁵⁵¹ Si veda in questo senso F. Giglioni, *Pubblico e privato nel sistema universitario italiano*, cit., 54 che sottolinea l'inquadramento delle università-fondazioni nell'ambito di un *tertium genus* in quanto «(...) non sono né statali, visto che provengono dalla trasformazione di quelle, né non statali, dal momento che se così andassero qualificate non avrebbe senso il comma 14 che continua a richiamare l'applicazione delle disposizioni vigenti per le università statali (...)». Per quanto riguarda i profili di illegittimità costituzionale l'autore segnala innanzitutto che la facoltà per le università di trasformarsi in fondazioni non sarebbe coerente con l'attuazione dell'art. 33 Cost., sarebbe inoltre in aperto contrasto con l'art. 3 Cost. in quanto esisterebbero già università non statali gestite da fondazioni e dunque appare irragionevole disciplinare fattispecie analoghe in modo diverso, ed infine la norma non garantirebbe a sufficienza l'autonomia funzionale riconosciuta alle università dall'art. 33 Cost. comma 6. Altri dubbi di legittimità costituzionali che attengono tanto alla vulnerazione della libertà d'insegnamento e della ricerca in ragione della trasformazione delle università in fondazioni con la gestione demandata ai privati quanto alla compressione dell'autonomia statutaria sono state esposti da A. Marra, *Trasformare le università in fondazioni? Riflessioni a margine dell'art. 16 del d.l. 112/2008*, cit., 663 ss. Altre critiche in ordine ai profili di costituzionalità sono state manifestate rispetto allo strumento della privatizzazione per le università da O. Forlenza, *Le Università scelgono se diventare fondazioni*, in *Guida al dir.*, 2008, 29, 37.

⁵⁵² Per una posizione di netta contrarietà in ordine alla norma di cui all'art. 16 d.l. 25 giugno 2008, n. 112 convertito con modificazioni in l. 6 agosto 2008, n. 133 si segnala G. Azzariti, A. Burgio, A. Lucarelli, A. Mastropaolo, *Manifesto per l'università pubblica*, Roma, 2008.

scapito dell'interesse pubblico assoggettando al controllo privato le università-fondazioni. Infine c'è chi a ragione veduta ha parlato di trasformazione solo apparente delle università statali in fondazioni, che non sono riconducibili a quelle del diritto privato, bensì allo schema delle fondazioni "legali" che segnalano, sotto mentite spoglie di una forma privatistica, una soggettività pubblicistica con forme nuove⁵⁵³. Pur se della norma in questione, rimasta inattuata peraltro, si sono evidenziati da più parti soprattutto i risvolti negativi, è condivisibile la posizione di chi ha sostenuto che vi è stata finora una sottovalutazione in ordine ai pericoli causati dalla rinuncia a dotarsi e ad esercitare una facoltà a livello del singolo ateneo⁵⁵⁴.

Da un punto di vista dell'evoluzione giuridica, le università avevano iniziato a beneficiare degli effetti positivi della capacità giuridica prima dell'avvento del riconoscimento dell'asserita autonomia in termini funzionali, per via costituzionale, sul presupposto della personalità giuridica loro riconosciuta. Ciò aveva permesso agli atenei di agire al di fuori del perimetro tradizionalmente e istituzionalmente riservato al personale docente ed alle strutture scientifiche di ricerca. Da qui un sempre più frequente e consueto ricorso a strumenti negoziali e a moduli di diritto privato in un contesto normativo che accoglie alcuni limiti esplicitati chiaramente dalla dottrina⁵⁵⁵, e parimenti caratterizzato dalla pluralità di fonti regolamentari normative, di diritto nazionale, regionale, finanche europeo. Così è avvenuta l'affermazione di un sistema di partecipazioni, detenute dagli atenei in diversi organismi, strumentali al più efficace ed efficiente perseguimento delle finalità istituzionali. La proliferazione di numerose soggettività e di nuovi

⁵⁵³ Così A. Police, *Le fondazioni universitarie tra mito e realtà*, in G. Colombini (a cura di), *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università*, vol. III, Napoli, 2013, 68 ss. per il quale «Tali trasformazioni in fondazione, infatti, incidono a quanto pare soltanto sul nome delle Università, ma quanto alla sostanza si tratta di soggetti che non perdono i tratti essenziali della soggettività pubblica (...). Le Università pur trasformate in Fondazioni infatti restano Enti pubblici per quell'insieme di vincoli strutturali ed ontologici che il citato art. 16 non dimentica di ribadire. (...) Queste fondazioni universitarie sono fondazioni solo in senso improprio, anzi non sono fondazioni affatto, sono enti pubblici e questa trasformazione è una, l'ennesima, trasformazione apparente; e se è una trasformazione apparente (...)».

⁵⁵⁴ In questi termini G. Caia, *Trasformazione delle Università e Fondazioni universitarie*, cit., 61.

⁵⁵⁵ Cfr. G. Caia, *Trasformazione delle Università e Fondazioni universitarie*, cit., 62 ad avviso del quale si devono tenere presente alcuni limiti al ricorso di soluzioni organizzative negoziali o privatistiche «(...) a) vi deve essere una corrispondenza allo scopo istituzionale perseguito dall'ente e conseguente permanenza dell'operato del soggetto partecipato nell'ambito funzionale del primo; b) si deve evitare ogni elusione di divieti normativi concernenti le attribuzioni dell'ente ovvero di norme precettive di carattere procedurale poste a garanzia di un corretto uso delle risorse pubbliche; c) non si deve contravvenire al divieto per l'ente di spogliarsi di compiti istituzionali disciplinati dall'ordinamento quali a necessario esercizio diretto, salve le deleghe ammesse dalla normativa».

enti di diritto privato che a vario titolo agiscono nell'ambito universitario, segnalano l'esigenza delle università di dotarsi di strumenti d'azione stabili e non più soltanto temporanei come gli strumenti negoziali, nell'ottica di perseguire quella che è stata denominata "terza missione" accanto alla formazione ed alla ricerca, tradizionalmente costitutive della *mission* istituzionale delle università⁵⁶. Sicuramente tra tutti gli istituti associativi giuridici, quello che negli ultimi anni nell'ambito universitario, ma non solo, si sta diffondendo ampiamente è sicuramente quello della fondazione di diritto privato⁵⁷.

Tale istituto si colloca nel panorama giuridico più ampio che vede un processo di valorizzazione crescente della società e del privato rappresentato nella diffusione ed espressione innanzitutto delle realtà del Terzo settore, implementate sicuramente a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione del 2001 (l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3) che ha costituzionalizzato il principio di sussidiarietà orizzontale. Le fondazioni hanno, peraltro, giocato un ruolo non indifferente nella stagione delle privatizzazioni iniziate negli anni '90, traendo probabilmente successo in elementi che sono intrinseci alla natura giuridica fondazionale, ovvero innanzitutto consistere in un patrimonio destinato ad una finalità specifica conferendo stabilità all'assetto da un lato e assenza di scopo lucrativo dall'altro.

⁵⁶ Di "terza missione" parlano T. Agasisti, G. Vittadini, *Fatti e misfatti del sistema universitario italiano: un quadro d'insieme e le prospettive alla luce della Riforma Gelmini*, in G. Vittadini (a cura di), *L'università possibile. Note a margine della riforma*, Milano, 2012. Di "pluralità di missioni" più in generale parla, invece, G. Capano, *L'università in Italia*, Bologna, 2000, 13 ss.

⁵⁷ Le fondazioni sono disciplinate dal libro I del codice civile e dal d.lgs. 17 maggio 1999, n. 157 e s.m.i.. In dottrina per la parte civilistica d'inquadramento dell'istituto si segnala per tutti F. Galgano, voce *Fondazione (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989. Per i profili generali, si vedano V. Cerulli Irelli, *Pubblico e privato nell'organizzazione amministrativa*, in S. Raimondi, R. Ursi (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, Torino 2006; Id., *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino 2008; Id., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano 2003; Id., *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Dir. amm.* 2003; Id., *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, *ivi*, 2006, 573 ss.; G. Rossi, *Gli enti pubblici*, Bologna 1991; Id., *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. amm.*, n.4/2007, 685 ss. Sulle fondazioni "legali", si vedano S. De Gotzen, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011, A. Bardusco, voce *Fondazione di diritto pubblico*, in *Dig. Discipl. Pubbl.*, VI, 1991, 389 ss.; A. Romano Tassone, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in *Dir. amm.*, 2005; G. Napolitano, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in *Dir. amm.* 2006; F. Manganaro, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.* 2014. Sulle fondazioni bancarie si vedano F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.* 2004; Id., *La difficile vita delle fondazioni bancarie. La Corte costituzionale fa chiarezza e la Cassazione confusione*, in *Foro amm. Tar*, n.7-8/2005, 2698 ss.; Id., *La privatizzazione per fondazioni*, in Id., *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna 2007; G. Pagliari, *Le fondazioni bancarie. Profili giuridici*, Milano 2004; R. Costi, *L'ambiguo ruolo delle fondazioni bancarie*, in *Dir. della banca e del mercato finanz.*, vol. II, 2012.; M. Tanzi, *Sulle c.d. fondazioni bancarie: alcune considerazioni critiche*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2013.

L'attualità che vanno assumendo gli strumenti operativi quali ad esempio le Fondazioni universitarie, s'inserisce in questo scenario normativo in cui la riforma universitaria di cui alla L. n. 240/2010 introduce alcuni limiti all'autonomia degli atenei, e pertanto le fondazioni assumono rilevanza quali reali possibilità di interpretare in chiave rinnovata e flessibile, secondo il canone giuridico dell'autonomia universitaria, l'attività degli atenei. Il principio di autonomia, quello di differenziazione e di adeguatezza rappresentano, infatti, i corollari di declinazione conseguenti all'applicazione del principio costituzionalizzato, dell'autonomia riconosciuta agli enti universitari.

Le Fondazioni universitarie⁵⁵⁸ sono state disciplinate a livello legislativo dall'art. 59, comma 3 della l. 23 dicembre 2000, n. 388 c.d. Legge Finanziaria 2001, che prevede la possibilità per le università la possibilità di costituire fondazioni di diritto privato. Tali istituti, non sono comunque completamente nuovi nel panorama giuridico nazionale atteso il ricorso a strumenti negoziali e di diritto privati già all'epoca delle privatizzazioni come accennato in precedenza⁵⁵⁹. L'*intentio legis* era evidentemente di tipo finanziario, ovvero dare la possibilità alle università di ricorrere a strumenti alternativi, a forma di aggregazioni interuniversitarie al fine di realizzare centrali di acquisto di beni e servizi in un quadro maggiormente competitivo e vantaggioso. Con il deliberato obiettivo di conseguire un risparmio nella gestione delle risorse pubbliche⁵⁶⁰, il legislatore ha

⁵⁵⁸ Sulle fondazioni universitarie si vedano in particolare D. Marchetta, *Le nuove fondazioni universitarie*, in *Giornale dir. amm.*, 2001, 765 ss; G. M. Riccio, *Le fondazioni universitarie, Analisi del D.P.R. 24 maggio 2001, n. 254*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, 141 ss; R. Finocchi, *Le Università*, in *Trattato di diritto amministrativo, cit.*, 1386 ss; D. Sorace, *Le fondazioni universitarie (di diritto speciale)*, Torino, 2006; M. Caporale, *Le fondazioni universitarie*, in M.P. Chiti (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009, 345 ss.; G. Caia, *Trasformazione delle Università e Fondazioni universitarie, cit.*; A. Police, *Le fondazioni universitarie tra mito e realtà, cit.*; F. Giglioni, *Pubblico e privato nel sistema universitario italiano, cit.*

⁵⁵⁹ In virtù della riconosciuta capacità di diritto privato, anche le università, prima della c.d. legge Finanziaria 2001, in quanto enti pubblici dotati di autonomia funzionale, hanno dato vita a Fondazioni di diritto privato, come ad esempio nel caso dell'Università degli Studi di Bologna che nel 1996 aveva proceduto alla costituzione della Fondazione Alma Mater quale struttura di collegamento tra l'Ateneo e la società, che riceveva riconoscimento formale dal Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica nel 1997. La costituzione di fondazioni di diritto comune da parte di enti pubblici territoriali e/o autonomi sia un fenomeno alquanto diffuso nella prassi come ha evidenziato S. De Gotzen, *Le fondazioni legali, cit.*, 29. Così, ad esempio, D. Sorace, *Le fondazioni universitarie (di diritto speciale), cit.*, 645 si è interrogato circa la ragione per cui gli Atenei dovrebbero istituire fondazioni di diritto speciali ai sensi dell'art. 59, c. 3 della legge n. 388 del 2000 (c.d. legge Finanziaria 2001) e del regolamento (d.P.R. n. 254/2001), in luogo delle fondazioni di diritto comune, alle quali hanno già fatto in passato frequente ricorso.

⁵⁶⁰ La matrice eminentemente finanziaria della norma si evince dai lavori preparatori del provvedimento, in quanto inizialmente il Ministero del Tesoro intendeva dare avvio ad un processo di aggregazione interregionale tra università e altri enti decentrati di spesa al fine di razionalizzare gli acquisti di beni e servizi come riferisce puntualmente D. Marchetta, *Le nuove fondazioni universitarie, cit.*, 765.

predisposto un successivo e attuativo regolamento (d.P.R. n. 254/2001) che, cercando di rispondere alle istanze di razionalizzazione e di contenimento dei saldi di finanza pubblica, ha tentato di mettere in opera un'azione tesa a convogliare risorse pubbliche e risorse private, mediante un veicolo giuridico di diritto privato, la fondazione, avente natura strumentale rispetto alle finalità dell'ente pubblico universitario.

L'art. 59 comma 3 della legge finanziaria 2001 è, infatti, una disposizione alquanto laconica anche perché la disciplina di dettaglio è recata nel successivo regolamento attuativo. In ogni caso sinteticamente essa prevede che una o più università, anche con la partecipazione di enti ed amministrazioni pubbliche e soggetti privati, possono costituire fondazioni di diritto privato, per svolgere attività strumentali e di supporto alla didattica e alla ricerca in relazione ai propri statuti, a favore delle università costituenti. E tali fondazioni possono svolgere attività le più varie in luogo degli atenei salvo nelle materie di formazione e ricerca se previste dagli statuti⁵⁶¹.

La relativa previsione regolamentare il d.P.R. n. 254/2001 ha definito i criteri e modalità per la costituzione e funzionamento dei predetti istituti e qualifica le fondazioni come strumento organizzativo delle università. Tali vengono definiti come persone giuridiche di diritto privato senza fine di lucro, riconosciute come tali *ex art. 11 d.P.R. 10 febbraio 2000, n. 361* e ribadisce quale riferimento normativo il codice civile per quanto non disciplinato nel regolamento. In definitiva le fondazioni universitarie, sono costituite dagli Atenei quali enti di riferimento al fine di realizzare l'acquisto di beni e servizi alle più vantaggiose condizioni di mercato e parimenti per lo sviluppo di attività strumentali e di supporto alla didattica ed alla ricerca. Le fondazioni, operano esclusivamente nell'interesse degli enti ovvero delle università di riferimento così come stabilisce l'art. 1 comma 4. Il patrimonio della fondazione è caratterizzato dalla progressività dei conferimenti possibili, peculiarità che definisce la diversità della natura dei possibili soggetti che partecipano alla costituzione della fondazione medesima (fondatori) ovvero contribuiscono stabilmente alla realizzazione delle finalità mediante l'apporto di contributi economici e attività (partecipanti istituzionali) ovvero contribuiscono soltanto occasionalmente al perseguimento

⁵⁶¹ La dottrina ha osservato come gli spazi normativi riconosciuti agli statuti possono dare vita a tipologie di fondazione molto differenti ed eterogenee. Cfr. G. M. Riccio, *Le fondazioni universitarie, Analisi del D.P.R. 24 maggio 2001, n. 254, cit.*, 149.

delle medesime finalità (partecipanti). Le fondazioni universitarie sono annoverabili nell'ambito delle fondazioni di partecipazione⁵⁶², il cui ricorso ha trovato applicazione anche in altri settori oltre a quello universitario⁵⁶³. Alla disciplina legislativa concernente le fondazioni, si affianca una disciplina statutaria, alla quale spetta definire i compiti e le strutture operative di questi enti ai sensi dell'art. 3, in ottemperanza al regolamento che contiene l'elenco delle attività che le fondazioni possono svolgere a favore e per conto delle università. Tali attività sono le attività «strumentali e di supporto della didattica e della ricerca scientifica e tecnologica» (art. 2, comma 1, lett. b)⁵⁶⁴. Lo statuto è deliberato unitamente all'atto costitutivo, dalle università, previa acquisizione di un parere obbligatorio da parte del MIUR.

Un tema che si è posto all'attenzione dell'indagine della dottrina e della giurisprudenza, è stato quello relativo alla qualificazione della natura giuridica delle fondazioni universitarie, soprattutto alla luce delle future prospettive europee e attese le presenti ambiguità di ordine giuridico nazionale. Nell'affrontare il tema dell'inquadramento delle fondazioni universitarie occorre, tuttavia, considerare che, seppure lo strumento giuridico della fondazione (che la dottrina ha distinto in diverse categorie sulla base dell'intensità della presenza della componente pubblicistica⁵⁶⁵) è parte della nozione più ampia di formazioni sociali, ai sensi

⁵⁶² Come ha evidenziato opportunamente M. Caporale, *Le fondazioni universitarie*, cit., 359 i caratteri tipici della fondazione di partecipazione sono «la pluralità di fondatori, che determina l'atto di fondazione sempre come atto unilaterale ma multipersonale; la partecipazione attiva dei fondatori nella gestione della fondazione; la formazione progressiva del patrimonio: oltre all'atto di liberalità iniziale di destinazione di un patrimonio a uno scopo, altri se ne possono aggiungere in seguito, conferiti da soggetti pubblici o privati (c.d. fondatori successivi; la connotazione della fondazione di partecipazione come fondazione operativa che cioè, nell'esercizio delle sue attività, non eroga contributi ma realizza iniziative specifiche».

⁵⁶³ Si veda sul punto tra gli altri G. Franchi Scarselli, *La gestione dei servizi culturali tramite fondazione*, in *Aedon*, n. 1/2002; T. Bonetti, *Strumenti generali di sperimentazione gestionale*, in A. Pioggia, M. Dugato, G. Racca, S. Civitarese Matteucci (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, Milano, 2008, 181 ss.; T. Pontello, *Partenariato pubblico-privato istituzionalizzato: le fondazioni per la gestione di beni e servizi culturali e le società di capitali ad oggetto culturale*, in M.P. Chiti (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009, 317 ss;

⁵⁶⁴ Parte della dottrina (Cfr. D. Marchetta, *Le nuove fondazioni universitarie*, cit., 772) ha asserito che tale elenco abbia valore tassativo, e quindi non potrebbero essere esternalizzate che quelle attività ivi elencate, mentre non sarebbe tassativo l'elenco delle tipologie di attività di cui all'art. 2 comma 2.

⁵⁶⁵ Si veda G. Napolitano, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in *Dir. amm.*, 2006, 579 ss. che distingue tra fondazioni a base privata «(...) che erogano prestazioni e finanziamenti grazie alle rendite derivanti da patrimoni storicamente alimentati dai privati. È il caso degli enti previdenziali dei liberi professionisti che non usufruiscono di finanziamenti o altri ausili pubblici, delle istituzioni di assistenza e beneficenza promosse o amministrate da privati, e, in qualche misura, delle fondazioni di origine bancaria (...)», fondazioni a partecipazione privata che «(...) producono un bene collettivo o di merito e mirano a coinvolgere i privati nel capitale e nella gestione: è il caso dei musei, degli enti lirici e musicali, del Centro sperimentale di cinematografia, dell'Istituto nazionale per il dramma antico, del Museo della scienza e della tecnica Leonardo da

dell'art. 2 Cost. e quale espressione stabile di perseguimento di interessi generali da parte di soggetti privati in chiave di sussidiarietà ai sensi dell'art. 118 Cost., è pur vero che in ambito universitario le fondazioni sorgono non dalla volontà dei privati bensì da quella delle università, che sono enti pubblici, le quali coinvolgono anche soggetti privati al momento della costituzione.

Accanto a chi ne ha sostenuto la natura privatistica⁵⁶⁶, richiamando la giurisprudenza dei giudici di legittimità⁵⁶⁷, che non vede un'attrazione della fondazione, quale ente di diritto privato regolato ai sensi del codice civile, nella sfera giuridica di diritto pubblico, soltanto sul presupposto che l'università ne sia il fondatore o partecipi ai suoi organi amministrativi, vi è stato chi saggiamente ha messo in luce il peso preponderante e non indifferente che gli atenei assumono nelle fondazioni universitarie. Con ciò ed evidenziando che l'oggetto sociale delle fondazioni universitarie corrisponde in ogni caso ad attività caratterizzate dalla strumentalità rispetto alle finalità istituzionali degli atenei medesimi, confermando che questi elementi inequivocabilmente non collimano con la fisionomia giuridica propria di una fondazione asseritamente di diritto privato.

Inoltre, in dottrina merita di essere richiamata la posizione di chi ha ravvisato una deviazione dalla natura e dalle finalità intrinseche tra le stesse fondazioni universitarie e lo schema giuridico delle fondazioni di partecipazione. Queste ultime, sarebbero esperienze giuridiche rette interamente dalle norme di diritto

Vinci, della Triennale di Milano, della Biennale di Venezia, forse dell'Istituto italiano di tecnologia . Si tratta, nella maggior parte dei casi, di enti pubblici trasformati in fondazioni di diritto privato», infine fondazioni strumentali all'ente pubblico fondatore «(...) derivanti da processi di esternalizzazione, come quelle universitarie e quelle culturali. Qui si prevede espressamente che l'istituzione di fondazioni da parte dei pubblici poteri sia diretta «allo scopo di perseguire il più efficace esercizio delle proprie funzioni»; ovvero che le fondazioni siano «operanti esclusivamente nell'interesse degli enti di riferimento» . In questo quadro, la partecipazione dei privati è soltanto eventuale e non costituisce comunque l'obiettivo principale del ricorso alla fondazione, concepito, piuttosto, come uno strumento funzionale al buon andamento dell'amministrazione, ai sensi dell'art. 97 cost».

⁵⁶⁶ A favore della natura privata di tali enti si era espressa l'Agenzia per le organizzazioni non lucrative di utilità sociale ora soppressa (Cfr. art. 8, comma 23, del d.l. 2 marzo 2012, n. 16, convertito, con modificazioni, dalla l. 26 aprile 2012, n. 44) che mediante un atto d'indirizzo generale emanato nell'ambito delle proprie attribuzioni a formulare pareri circa le problematiche in materie di propria competenza aveva sostenuto che «il riconoscimento di natura privatistica dei soggetti collettivi disciplinati dal codice civile non viene meno in alcuna misura per il semplice fatto che un soggetto di diritto pubblico, con una relazione finanziaria tipica (partecipazione al patrimonio, attivazione nella fase costitutiva), figuri tra i soggetti fondatori dell'ente in questione».

⁵⁶⁷ Cfr. Cass, civ., sez. un., 23 novembre 1993, n. 11541 la quale ha affermato che «la società per azioni con partecipazione pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici ne posseggano le azioni, in tutto o in parte, non assumendo rilievo alcuno per le vicende della medesima, la persona dell'azionista (...). La natura pubblica degli enti che concorrono a formare un nuovo ente non è sufficiente ad attribuire natura pubblicistica a quest'ultimo (...) né può ritenersi indicativa della natura pubblica di un'associazione la partecipazione ai suoi organi di rappresentanti dei soggetti pubblici che l'hanno formata».

comune e comunque non soggette a rapporti diretti o indiretti di strumentalità o di emanazione di enti pubblici di riferimento costituenti e/o partecipanti⁵⁶⁸ ma individuerebbero esperienze di PPP c.d. istituzionalizzato, in cui avviene l'incontro delle volontà tanto dei soggetti pubblici quanto dei soggetti privati⁵⁶⁹. A questo proposito la dottrina ha giustificato la costituzione di fondazioni di partecipazione quale forma avanzata, stabile, strutturata di collaborazione pubblico privato prendendo le mosse dall'effetto evidentemente positivo che la sinergia tra pubblico e privato produceva, sostenendo che le fondazioni di partecipazione costituiscono un modulo che pare presentare almeno un duplice effetto positivo «(...) coinvolgere i privati in un organismo privato, ancorché solo parzialmente associativo, e permettere ai finanziamenti pubblici ricevuti da privati di sfuggire alla disciplina contabile pubblica»⁵⁷⁰.

Secondo taluni, guardando alle fondazioni universitarie sotto il profilo della categoria degli organismi di diritto pubblico⁵⁷¹, in chiave funzionale ovvero ai fini

⁵⁶⁸ Il tema della partecipazione degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione pone alcuni aspetti problematici in ordine alla natura giuridica della fondazione medesima, e come ha osservato A. Police, *Le fondazioni universitarie tra mito e realtà*, cit., 79-81 «La questione si pone non solo come organismo di diritto pubblico ai fini dell'applicazione della disciplina sugli appalti, ma più radicalmente come riconoscimento della sostanziale natura pubblica di siffatto ente formalmente di diritto privato».

⁵⁶⁹ Si veda M. P. Chiti, La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario, in *Le Fondazioni di Partecipazione*, Milano, 2007, 43 ss. per il quale «Il dato costitutivo non è infatti di per sé decisivo, come dimostra il caso delle fondazioni universitarie (ai sensi del D.P.R. n. 254/2001), costituite formalmente per convergente volontà di vari soggetti, ma nella sostanza "organi indiretti" dell'ente di riferimento (l'Università). Le fondazioni di partecipazione devono, invece, esprimere compiutamente un partenariato pubblico privato, quali enti di forma privatistica in cui più soggetti, privati e pubblici, perseguono fini di utilità sociale. Non si tratta dunque di emanazioni di amministrazioni pubbliche, né di forme elusive dei vincoli pubblicistici, ma espressione istituzionalizzata (il ricordato Libro verde della Commissione parla di "partenariato istituzionalizzato") dell'incontro di volontà tra soggetti pubblici e privati per realizzare una forma di cooperazione di lungo termine per il conseguimento di scopi di utilità sociale. La relativa disciplina – di cui si ribadisce l'urgenza, atteso il rapido sviluppo del fenomeno cui occorre dare un affidabile scenario giuridico di riferimento – non potrà che essere principalmente di diritto comune, salve alcune fattispecie (come gli appalti) caratterizzate da norme pubblicistiche per assicurare il necessario rispetto degli interessi pubblici rilevanti, quali concorrenza e imparzialità».

⁵⁷⁰ Cfr. F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 447.

⁵⁷¹ Cfr. art. 3 comma 1 lett. d) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 «qualsiasi organismo, anche in forma societaria, il cui elenco non tassativo è contenuto nell'allegato IV: 1) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale; 2) dotato di personalità giuridica; 3) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico». Come ha ricordato F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, cit., 452 ss. ai fini della qualificazione di un ente quale organismo di diritto pubblico così come individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, e cristallizzati nella disciplina dei contratti pubblici, vale la pena ricordare che non occorre che tutti i requisiti necessari siano contestualmente ricorrenti essendo

dell'applicazione della disciplina inerenti i contratti pubblici⁵⁷² (come ha chiarito anche il Consiglio di Stato in sede consultiva⁵⁷³), e affrontando il tema

sufficiente che ne ricorra almeno uno e tenendo presente come ha asserito la Cassazione (Cfr. Cass., sez. un, 22 dicembre 2003, n. 19667; 26 febbraio 2004, n. 3899) nella qualificazione dell'organismo di diritto pubblico che «prescinde dalla forma giuridica adottata per fondarsi invece sul duplice dato sostanziale del soddisfacimento di bisogni di interesse generale non aventi carattere industriale o commerciale nonché dell'influenza dominante, diretta o indiretta, da parte della pubblica autorità». La dottrina sulla nozione di organismo di diritto pubblico è amplissima, *ex plurimis*, V. Caputi Jambrenghi, *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, n.1/2000, 13 ss; B. Mameli, *L'organismo di diritto pubblico, profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003; M. P. Chiti, *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000; G. Greco, *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 839 ss; A. Mari, voce *Le infrastrutture*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, t. II, 1892 ss.; C. Guccione, *La nozione di organismo di diritto pubblico nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, 1027 ss.; S. Vinti, voce *Organismo di diritto pubblico*, in *www.treccani.it*, 2016. La giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE è stata copiosa sull'individuazione dei caratteri identificanti la fattispecie di organismo di diritto pubblico, in questa sede si ricorda quella che ha dato l'avvio a successive pronunce in materia di individuazione di amministrazioni aggiudicatrici in base al criterio funzionale C. giust. CE, 20 settembre 1988, C-31/87, *Gebroeders Beentjes BV c. Stato dei Paesi Bassi* secondo la quale «(...) Alla nozione di Stato, ai sensi di questa norma, si deve dare un'interpretazione funzionale. La finalità della direttiva, consistente nelle effettiva attuazione della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione dei servizi in materia di appalti (...), sarebbe infatti compromessa se l'applicazione del regime della direttiva stessa dovrebbe essere esclusa per il solo fatto che un appalto (...) è stato aggiudicato da un ente che, pur essendo stato creato per svolgere funzioni attribuitegli dalla legge, non rientra formalmente nell'amministrazione statale. (...) Di conseguenza si deve ritenere che un organismo le cui funzioni e la cui composizione sono, come nella fattispecie, contemplate dalla legge e che dipende dalla pubblica amministrazione per quanto riguarda la nomina dei suoi membri, la garanzia degli obblighi derivanti dai suoi atti e il finanziamento degli appalti che esso ha il compito di aggiudicare rientri nella nozione di Stato (...) anche se formalmente non fa parte dello Stato.

⁵⁷² Tuttavia, come ha rammentato F. Cortese, *L'ambito soggettivo di applicazione*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017, 70 «(...) l'individuazione di un organismo di diritto pubblico non comporta, sul piano del diritto nazionale, soltanto conseguenze concernenti il rispetto delle regole e dei principi dell'evidenza pubblica per le procedure di gara di rilevanza europea. Le conseguenze di carattere sostanziale possono essere anche ulteriori, quali, ad esempio, l'applicazione agli atti di gara della disciplina sul diritto di accesso (ex art. 22 ss. della legge n. 241/1990) o, se del caso, anche di quella sulla trasparenza e sulla prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nell'amministrazione (...), nonché la potenziale estensione ai dipendenti, laddove esercitino l'attività pubblicistica tipica della stazione appaltante, del c.d. *Éstatuto penale della p.a.*», ossia delle fattispecie di reato che sono proprie dei pubblici ufficiali».

⁵⁷³ Cfr. Cons. St., sez. atti normativi, 13 gennaio 2003, n. 4751. A proposito di questa pronuncia F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, cit., 453 ss. afferma in chiave critica che il Consiglio di Stato «ha tentato di esorcizzare l'«armonizzazione» comunitaria sostenendo che la disciplina comunitaria sarebbe una disciplina «funzionale», varrebbe solo per le procedure previste nelle direttive per gli appalti di lavori e di servizi, ma non inciderebbe sulla qualificazione soggettiva «dell'organismo di diritto pubblico», il quale, in base ad una sorta di «schizofrenia» fra ordinamenti diversi, continuerebbe ad essere un soggetto di diritto privato, se così qualificato dall'ordinamento nazionale. Salvo poi a non trovare una spiegazione plausibile sul perché una persona giuridica di diritto privato diventi per il mercato delle pubbliche forniture una «amministrazione indiretta» ed emani atti amministrativi tipizzati dalla normativa comunitaria e dalle leggi nazionali di recepimento (...). La fantasia giuridica è infinita, ma la realtà fattuale è il suo limite. Qui non si può inventare un'attribuzione di potere da parte della pubblica autorità attraverso un provvedimento di concessione (...). Qui prima si accerta se un soggetto ha le caratteristiche sostanziali dell'organismo di diritto pubblico e poi si applica il principio di legalità comunitaria (e nazionale) alle sue manifestazioni di volontà necessarie per determinare la concorrenza nell'ambito delle pubbliche forniture. Se l'ente non fosse pubblico le forniture non

dell'incidenza del *quantum* di presenza pubblica in termini qualitativi all'interno dell'assetto fondazionale, secondo i criteri indicati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, non si può non intravedere un ente che perde l'ancoraggio al diritto comune e si sposta sempre di più nel diritto speciale, ovvero nel diritto pubblico, essendo attratto ancorché *ratione materiae* nell'orbita degli organismi di diritto pubblico. Le fondazioni pertanto, secondo una parte della dottrina, appaiono svelare, sotto questo profilo, la propria natura di organismo pubblico svolgente attività strumentali rispetto all'ente di riferimento, l'università, con la quale mantengono un rapporto di forte soggezione⁵⁷⁴, nonostante si presentino come enti di diritto privato anche rispetto alle modalità di redazione degli statuti⁵⁷⁵.

Le ultime considerazioni svolte hanno condotto una parte della dottrina a inquadrare le fondazioni universitarie tra gli enti pubblici a fondo di dotazione associativo⁵⁷⁶, mentre altra dottrina ha ritenuto, di abbandonare ed anzi rifuggire ricostruzioni dogmatiche dell'istituto di diritto comune partendo dalla considerazione sulla base della quale quando si tratta di fondazioni di origine pubblica, come quelle universitarie, occorre non prospettare l'inconciliabilità *sic et simpliciter* della fondazione quale archetipo di matrice privatistica e le fondazioni a strumentali all'ente pubblico. In quest'ottica occorre perciò valorizzare il dato funzionale intrinseco all'assetto fondazionale del patrimonio destinato ad uno scopo d'interesse generale⁵⁷⁷. Infine c'è chi in dottrina non ha mancato di ascrivere al regime di diritto amministrativo le fondazioni

sarebbero pubbliche e mancherebbero pertanto i presupposti per la correzione artificiale di uno specifico mercato».

⁵⁷⁴ Tale soggezione emerge nella disciplina di dettaglio di cui al d.P.R. n. 254/2001, nella composizione del consiglio d'amministrazione (artt. 8 e 9) che per la maggioranza assoluta dei componenti è nominato dall'ateneo al quale è riservata parimenti anche la nomina del Presidente. Emerge poi nel ruolo pervasivo assunto dall'ateneo, nella sottoposizione della fondazione al potere d'indirizzo e di riscontro dell'università, circa l'effettiva coerenza dell'attività delle fondazioni (art. 1), nella definizione delle linee guida dell'attività (art. 12), nell'approvazione del piano annuale e pluriennale della attività, su proposta del consiglio d'amministrazione (art. 13), infine gli atenei conservano la prerogativa di effettuare il controllo sia di legittimità sia di merito in ordine alle eventuali deliberazioni, assunte dalla fondazione, contrarie all'atto costitutivo ed allo statuto, a norme imperative ed al buon costume (art. 15).

⁵⁷⁵ M. Caporale, *Le fondazioni universitarie*, cit., 372 ss.

⁵⁷⁶ In questi termini F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, cit., 501 ss. secondo cui i vincoli pubblicistici sarebbero difficilmente ignorabili nell'attività di ricostruzione della natura giuridica delle fondazioni universitarie e dunque il regolamento ministeriale d.P.R. n. 254/2001 atto a regolare gli aspetti organizzativi e di funzionamento delle fondazioni medesime, sarebbe illegittimo perché adottato in contrasto con la natura privata della fondazione oppure si è in presenza appunto di un ente pubblico a fondo di dotazione associativo.

⁵⁷⁷ Così G. Napolitano, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, cit., 580 ss. In senso conforme si vedano anche A. Police, *Le fondazioni universitarie tra mito e realtà*, cit., 80-81; S. De Gotzen, *Il nuovo modello delle fondazioni speciali universitarie e le prime attuazioni: la fondazione universitaria di Padova*, in *Il diritto delle regioni*, 289.

universitarie⁵⁷⁸. In definitiva appare condivisibile una posizione espressa in sede dottrinale che pur iscrivendo le fondazioni universitarie ai soggetti a controllo pubblico, risultano sottoposti parimenti ed in via prevalente al regime giuridico proprio del diritto privato, non essendosi affermati orientamenti giurisprudenziali o legislativi che possano deporre a favore di una qualificazione in senso pubblicistico delle fondazioni medesime.

Accanto alle fondazioni, le università fin dagli anni '80 hanno sovente fatto ricorso anche ad altri due istituti, sempre in ottica strumentale, ovvero i consorzi e le società⁵⁷⁹, sulla cui legittimità ed opportunità anche la dottrina e la giurisprudenza⁵⁸⁰ si sono interrogate a lungo negli anni⁵⁸¹. La possibilità di costituire o acquisire società come nel caso della possibilità di costituire o aderire a consorzi universitari e/o inter-universitari⁵⁸² trova, infatti, fondamento nella riconosciuta capacità generale di diritto privato agli enti pubblici. Se le fondazioni, i consorzi e le società si inquadrano tra gli strumenti avente valore strumentali rispetto alla *mission* istituzionale perseguita dagli atenei, vi sono anche altri soggetti, che invece sono chiamati a svolgere una funzione collaterale rispetto a tale *mission*, denominati *spin off* che possono assumere sia la forma societaria (S.p.A o S.r.l.)

⁵⁷⁸ Così A. Romano Tassone, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, cit., 473 ss.

⁵⁷⁹ Cfr. art. 91-bis del d.P.R. 11 luglio 1980, n. 382, introdotto dall'art. 13 l. 9 dicembre 1985, 705, «Le università possono partecipare a consorzi o a società di capitale per la progettazione e l'esecuzione di programmi di ricerca finalizzati allo sviluppo scientifico e tecnologico ai sensi delle leggi 25 ottobre 1968, n. 1089, 2 maggio 1976, n. 183, 21 maggio 1981, n. 240, 17 febbraio 1982, n. 46, 10 dicembre 1983, n. 651, a condizione che: a) la loro partecipazione sia rappresentata da esclusivo apporto di prestazione di opera scientifica; b) l'atto costitutivo preveda l'esclusione per esse da eventuali obblighi dei soci di versare contributi in denaro e che gli utili non vengano ripartiti ma reinvestiti per finalità di carattere scientifico; c) sia assicurata la partecipazione paritaria della università, nell'impostazione dei programmi di ricerca; d) le relative iniziative fruiscono di finanziamenti non inferiori alla metà da parte di organismi pubblici nazionali, internazionali o esteri; e) ogni eventuale emolumento corrisposto ai professori universitari o ai ricercatori che facciano parte degli organi sociali sia versato alle università di appartenenza. I proventi derivanti da eventuali contratti di ricerca o di consulenza richiesti ad università siano corrisposti secondo quanto stabilito nel precedente articolo 66. Gli eventuali utili spettanti alle università siano da queste destinati a fini di ricerca. La partecipazione dell'università è deliberata dal consiglio di amministrazione, udito il collegio dei revisori».

⁵⁸⁰ Si veda nota 469.

⁵⁸¹ Si vedano tra tutti M. Dugato, *La partecipazione dell'Università a società di capitali: il caso dell'Università di Bologna*, in *Contratto e impresa*, 1995, 700 ss.; F. Midiri, *L'istruzione universitaria tra servizio pubblico ed autonomia funzionale*, Torino, , 2004; I. Del Giudice, *L'università "operatore economico" del mercato concorrenziale*, in www.giustamm.it, 3/2011; F. Goisis, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1364 ss.; S. Spuntarelli, *Questioni interpretative in ordine alla costituzione di società commerciali da parte delle Università*, in *Urb. e app.*, 2011, 1461 ss.

⁵⁸² Si vedano tra tutti A. Mari, *Organizzazione e funzionamento delle università*, in *Giorn. dir. amm.*, *Quaderni*, n. 12/2005, 78; C. Franchini, *L'organizzazione*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato*

sia quella fondazionale. Gli *spin off*, insieme alle fondazioni bancarie e d'impresa per la ricerca e alle piattaforme tecnologiche nazionali, avviate sul modello proposto dall'Unione Europea⁵⁸³, rappresentano interazioni virtuose di collaborazione pubblico-privato. In sostanza, gli Atenei possono, a mezzo delle proprie strutture interne di carattere scientifico, costituire o partecipare a iniziative imprenditoriali cui partecipa il personale docente ed i ricercatori, al fine di operare il trasferimento delle innovazioni tecnologiche oppure gli esiti della ricerca⁵⁸⁴. Le società così costituite hanno per finalità quella di promuovere l'attività di ricerca conseguendo ricavi anche per finanziare i programmi di ricerca, concorrendo ad attribuire agli atenei un ruolo chiave di protagonisti nello sviluppo economico del territorio sul quale operano. Tali iniziative costituiscono reali occasioni di partenariato tra università e realtà produttive e industriali, conservando la propria autonomia in termini giuridici rispetto agli atenei. Tali rapporti con gli atenei dal quale pure scaturiscono gli *spin off* ancorché si affievoliscono una volta esaurita la fase di costituzione e quella di avvio dell'impresa, non si esauriscono mai e le stesse università mantengono alcune prerogative che si esprimono in termini di potere di condizionamento nei confronti degli *spin off*. Ciò avviene, mediante la sottoscrizione bilaterali tra questi ultimi e gli atenei di uno o più atti convenzionali, che regolano i rapporti sul piano giuridico, tenendo indenni gli

di diritto amministrativo, pt. gen, Milano, 2003, t. I, 307; V. Zamolo, *L'ordinamento dell'università*, Rimini, 1998, 301.

⁵⁸³ Cfr. C. Buzzacchi, *Le virtuose interazioni tra soggetti pubblici e privati nel settore della ricerca scientifica*, in L. Degrassi (a cura di), *La ricerca scientifica tra stato e mercato. Ipotesi di collaborazione*, Napoli, 2014, 219 ss. secondo cui già dalle disposizioni del Trattato dell'Unione Europea (Titolo XIX dedicato a Ricerca e sviluppo tecnologico e spazio) si può evincere un *favor generale* per le iniziative tendenti al progresso scientifico. L'art. 179 TFUE incoraggia «le imprese, comprese le piccole e le medie imprese, i centri di ricerca e le università nei loro sforzi di ricerca e di sviluppo tecnologico di alta qualità» e anche il successivo art. 180 prevede che l'UE metta in campo interventi di «attuazione di programmi di ricerca, sviluppo tecnologico e dimostrazione, promuovendo la cooperazione con e tra le imprese, i centri di ricerca e le università». Con riguardo alle iniziative partenariali in materia di ricerca scientifica e innovazione la Commissione Europea nel 2005 aveva redatto un documento di lavoro *Report on European Technology Platforms and Joint Technology Initiatives: Fosterig Public-Private R&D Partnership to Boost Europe's Industrial Competitiveness* inquadrando le collaborazioni pubblico-privato con le *Joint Technology Initiatives* e le *European Technology Platforms*. In Italia sulle piattaforme tecnologiche nazionali e le fondazioni bancarie e d'impresa si veda C. Buzzacchi, *Le virtuose interazioni tra soggetti pubblici e privati nel settore della ricerca scientifica*, in L. Degrassi (a cura di), *La ricerca scientifica tra stato e mercato. Ipotesi di collaborazione*, Napoli, 2014, 228 ss.

⁵⁸⁴ Si vedano tra tutti M. Dugato, *La partecipazione dell'Università a società di capitali: il caso dell'Università di Bologna*, cit., 697 ss; A. Mari, *Organizzazione e funzionamento delle università*, cit., 84 ss; M. Granieri, *Di università imprenditoriale, società spin-off e finalità istituzionali dell'ente*, in *Foro it.*, 2011, III, 385 ss; M. Cossu, *Gli spin off universitari e accademici in forma di società a responsabilità limitata*, in *Munus*, 2013, 371 ss; M. Passalacqua, *Università e mercato. Il difficile «equilibrio» delle società partecipate*, in G. Colombini (a cura di), *Competizione e accountability nel governo dell'Università. Il finanziamento dell'Università*, Napoli, II, 2013, 403 ss.

atenei da responsabilità illimitate in ordine ai possibili rischi d'impresa che interessano gli *spin off*. L'attività d'impresa condotta da questi ultimi, determina un duplice ordine di problemi: in primo luogo una possibile alterazione del principio di concorrenza, in quanto soggetti costituiti e controllati dagli atenei, per cui si richiama la pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che ha fatto emergere entro quali limiti è legittimo il ricorso a società, chiarendo che il rapporto tra oggetto sociale dell'attività d'impresa e *mission* istituzionale degli atenei deve porsi in rapporto di funzionalità del primo rispetto alla realizzazione della seconda⁵⁸⁵. In secondo luogo l'attività impresa degli *spin off* determina necessariamente un ampliamento degli impegni assunti dall'università. Ciò ha destato non poche perplessità, suscitando dubbi circa il merito e circa la legittimità dell'operazione, non ultima quella relativa alla destinazione dei risultati della ricerca, che viene resa oggetto non di diffusione e accessibilità alla collettività, bensì di sfruttamento a livello economico riservato in via esclusiva ad un soggetto. Quest'ultimo, pur derivando dall'università, è di fatto proteso all'attività di mercato, mettendo in discussione la natura stessa di servizio pubblico dell'università⁵⁸⁶. Un ulteriore profilo di criticità, riguarda i docenti ed i ricercatori i quali promuovendo anche attività in conto terzi, mediante un ricorso troppo esteso agli *spin off*, potrebbero deviare dall'obbligo di far ricadere gli effetti della propria attività scientifica sui relativi dipartimenti di appartenenza⁵⁸⁷.

A fronte del contesto presentato che vede il sistema universitario attraversato da molteplici tensioni caratterizzate da tendenze all'omogeneizzazione e aspirazioni alla differenziazione rimesse all'autonomia di ciascun singolo ateneo, soprattutto con l'adozione sempre più crescente e diffusa di forme privatistiche e strumenti negoziali (talvolta anche tipizzate, ma comunque all'interno di un quadro generale che, per le ragioni esposte in precedenza, non consente di prospettare una fuga dal settore pubblico) è di tutta evidenza come sia ormai tramontata la concezione dell'università intesa quale unità amministrativa unitaria e omogenea. In linea generale si può registrare l'archiviazione di un sistema universitario interamente assoggettato alle norme pubblicistiche, atteso che

⁵⁸⁵ Si veda nota 469.

⁵⁸⁶ M. Passalacqua, *Università e mercato. Il difficile «equilibrio» delle società partecipate*, in G. Colombini (a cura di), *Competizione e accountability nel governo dell'Università. Il finanziamento dell'Università*, Napoli, Il, 2013, 423

⁵⁸⁷ F. Giglioni, *Pubblico e privato nel sistema universitario italiano*, cit., 70 rileva, tuttavia, come «(...) la ricerca applicata risponde a esigenze diverse da quella di base e comunque gli *spin off*

numerosi soggetti che orbitano in tale sistema svolgono funzioni integrative, strumentali, collaterali alla *mission* universitaria intesa in senso stretto trovando la propria fonte normativa in determinate previsioni di legge al di fuori spesso di un rapporto organico e di coordinamento con il regime giuridico universitario. L'evoluzione del sistema universitario, che ha subito un sostanziale contingentamento degli spazi di autonomia, è stato dettato in larga parte perlopiù dalla necessità di adeguamento agli obblighi di rispetto dei vincoli di finanza pubblica⁵⁸⁸ prospettando un'evoluzione più in termini strumentali e di adeguamento contingente che in ottica di inversione effettiva di approccio metodologico e culturale⁵⁸⁹. Appare fondata, pertanto, l'osservazione secondo cui nel contesto universitario in senso lato così descritto, caratterizzato dalla frammentazione e dalla differenziazione il rischio che si affaccia è quello della perdita di un baricentro funzionale, in virtù del quale individuare compiti e funzioni stabilire forme di collaborazione proficua tra pubblico e privato secondo un organico ed armonico disegno di sviluppo generale del sistema universitario⁵⁹⁰.

3.5. *Le società di sperimentazione gestionale in sanità e le fondazioni Irccs.*

L'esigenza di coniugare il diritto alla salute sancito all'art. 32 Cost. con la necessità, imposta soprattutto negli ultimi anni, di ottemperare al rispetto dei vincoli di finanza pubblica, che implicano il contenimento della spesa pubblica, nella quale la spesa sanitaria rappresenta una voce consistente⁵⁹¹, oltre a rappresentare un tema storicamente all'attenzione del legislatore, fin dalla nascita dello Stato sociale, lo ha indotto anche a ridefinire l'intervento, le azioni ed i

consentono di reperire risorse aggiuntive per gli studiosi universitari utili a progredire negli studi di ricerca, alimentando così un circuito positivo tra studio e apparato produttivo».

⁵⁸⁸ Di vincoli finanziari quali leve per il cambiamento in ambito universitario aveva già parlato M. Cammelli, *Autonomia universitaria. Ovvero: il caso e la necessità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 176.

⁵⁸⁹ Queste le conclusioni tratte da G. Capano, *La politica universitaria*, Bologna, 1998, 239.

⁵⁹⁰ Così F. Giglioni, *Pubblico e privato nel sistema universitario italiano*, cit., 84

⁵⁹¹ Cfr. Anni 2012-2016, *Il Sistema dei conti della sanità per l'Italia*, ISTAT, 2017, in www.istat.it secondo cui nel 2016 la spesa sanitaria corrente è pari a 149.500 milioni di euro, con un'incidenza sul Pil dell'8,9%, ed è sostenuta per il 75% pari a $\frac{3}{4}$ dal settore pubblico e per la restante parte, pari ad $\frac{1}{4}$, dal settore privato. La spesa sanitaria privata nel 2016 è pari a 37.318 milioni di euro, la sua incidenza rispetto al Pil è del 2,2%. Il 90,9 per cento della spesa sanitaria privata è sostenuta direttamente dalle famiglie. Offrendo una comparazione nel 2014 la spesa sanitaria dell'Italia è significativamente inferiore rispetto a quella di altri importanti paesi dell'Unione Europea, sia in termini di valore *pro capite* sia in rapporto al Pil. A fronte dei circa 2.404 euro per abitante spesi in Italia, Regno Unito, Francia e Germania spendono tra i 3.000 e i 4.000 euro per abitante. Sempre nel 2014, la spesa in rapporto al Pil è pari a valori vicini all'11% in Francia e Germania, appena inferiore al 10% nel Regno Unito e di circa il 9% in Italia e in Spagna.

confini del potere pubblico in ambito sanitario e sociale al fine di ripensare radicalmente il sistema di *welfare*.

Per quanto riguarda l'ambito delle politiche pubbliche in materia sanitaria ha reso indifferibili alcuni interventi sul piano legislativo finalizzati a razionalizzare la spesa pubblica con la riduzione della durata dei ricoveri e delle degenze inappropriate per raggiungere una progressiva deospedalizzazione tanto nella fase post ricovero (una volta cessata la fase acuta della patologia), quanto nell'eventuale fase di riabilitazione. Ciò, pur senza intaccare il diritto alla salute dei cittadini, che si esprime nell'obbligo di garantire uniformemente sull'intero territorio nazionale i Livelli Essenziali di Assistenza (LEA), e dall'altro avviare processi virtuosi di ammodernamento del Servizio Sanitario Nazionale (SSN) per rispondere ai crescenti bisogni sociali e per conseguire l'efficienza nell'impiego delle risorse pubbliche e nella prestazione dei servizi correlati⁵⁹². In questo contesto, acquista decisamente maggiore rilevanza il tema del ricorso a forme di partenariato pubblico-privato nell'ambito delle politiche sanitarie declinate innanzitutto, da un lato nelle politiche di edilizia ospedaliera che hanno visto la possibilità di realizzare strutture sanitarie ricorrendo sovente alla finanza di progetto nelle concessioni e dall'altro al ricorso a moduli societari nella gestione dei servizi sanitari. Tralasciando, in questa sede, la trattazione del *project financing* nell'edilizia ospedaliera⁵⁹³, occorre porre l'attenzione sulle esperienze di

⁵⁹² Si veda l'art. 15, comma 13, lett. c) d.l. 6 luglio 2012, n. 951, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, con cui stato avviato un processo di riorganizzazione della rete ospedaliera a livello nazionale che ha previsto l'adozione, a livello regionale, di provvedimenti di riduzione dei posti letto a carico dei singoli servizi sanitari regionali. L'azione di razionalizzazione è stata ripresa dal d.l. 13 settembre 2012, n. 158 c.d. Decreto Balduzzi, dal Patto della Salute 2014-2016 del 10 luglio 2014, sia dal più recente d.m. 2 aprile 2015 n. 70 (adottato in attuazione dell'art. 1, comma 169 della l. 30 dicembre 2004, n. 311 e dell'art. 15, comma 13, lett. c), del d.l. n. 95/2012) in ordine alle definizioni degli standard qualitativi, strutturali, tecnologici e quantitativi relativi all'assistenza sanitaria ospedaliera. Alla luce di tali norme emerge la riponderazione della funzione dell'ospedale e dei presidi ospedalieri per specificare maggiormente la missione caratterizzante; la riorganizzazione e il potenziamento dell'assistenza territoriale, sociale e residenziale; il rafforzamento di processi di interazione e collaborazione fra strutture territoriali e ospedaliere e fra gli stessi servizi ospedalieri, nonché il consolidamento del percorso di integrazione socio-sanitari.

⁵⁹³ Sull'utilizzo del *project financing* nelle infrastrutture sanitarie si vedano tra tutti P. Locatelli, *Il project financing e i nuovi strumenti di finanziamento in un'ottica di gestione imprenditoriale dell'azienda sanitaria*, in *San. pubbl. priv.*, n. 5/1999, 421 ss.; G. Strano, N. Tesaroli, *Il project financing nella sanità. Il nuovo ospedale di Venezia- Mestre*, Venezia, 2002; S. Gatti, A. Germani, *Le applicazioni del project finance nel settore sanitario: stato dell'arte e prospettive di utilizzo in Italia*, in *Economia & Management*, n. 3/2003; A. Giliberti, *Il project financing nella sanità (parte I)* e B. Calvetta, *Il project financing nella sanità (parte II)*, in *San. pubbl. priv.*, n. 4/2004, 403 ss.; M. Nicolai, C. Felicetti, *La finanza di progetto e le opere fredde: dati di sintesi e problematiche applicative nel settore dell'edilizia ospedaliera*, in *Politiche Sanitarie*, n. 1/2005; F. Amatucci, F.

PPP c.d. istituzionalizzato, rappresentate dalle iniziative di sperimentazione gestionale. Tali iniziative hanno visto la luce nella veste giuridica prevalentemente di società, ma anche di fondazione di partecipazione⁵⁰⁴, nella legislazione nazionale a partire dall'inizio degli anni '90 in corrispondenza dell'avvio della c.d. aziendalizzazione del SSN⁵⁰⁵. La possibilità di ricorrere a siffatti strumenti quale opzione gestionale nell'ambito dell'erogazione delle prestazioni sanitarie ed assistenziali costituiva un elemento di assoluta novità nel contesto della sanità italiana e marcava una discontinuità effettiva in tema di politiche sanitarie pubbliche. Infatti, il SSN era incentrato, a partire dalla sua legge istitutiva (l. 23 dicembre 1978, n. 833), sul monopolio quasi interamente pubblico dell'offerta delle prestazioni, relegando il ruolo del privato ad una previsione che permetteva di realizzare una funzione meramente integrativa in virtù di un rapporto convenzionale⁵⁰⁶ e individuando le Unità Sanitarie Locali (USL) quali soggetti e presidi operativi dei Comuni, cui è demandato il coordinamento tra servizi sanitari e servizi sociali, ed alle comunità montane, entrambi preposti ad assolvere ai compiti propri del SSN nell'ambito territoriale di competenza. La legge istitutiva del SSN «(...) al di là di alcune sue debolezze e

Favretto, V. Vecchi, *Il finanziamento degli investimenti sanitari: il partenariato pubblico-privato "su misura"*, in E. Anessi Pessina, E. Cantù (a cura di), *L'aziendalizzazione della sanità in Italia: rapporto OASI 2010*, Milano, 2010.

⁵⁰⁴ Per le fondazioni di partecipazione quali strumenti aventi ad oggetto sperimentazione gestionale in ambito sanitario sia consentito il rinvio a A. Maltoni, *Enti pubblici e privati in forma di fondazione: regime giuridico e modalità d'intervento nei settori dei servizi alla persona*, in *Dir. amm.*, 2006, 811 ss.

⁵⁰⁵ Cfr. M. Dugato, G. Piperata, *Le sperimentazioni gestionali: dalle ragioni della nascita agli sviluppi organizzativi. La valutazione dei risultati delle sperimentazioni gestionali*, in A. Pioggia, M. Dugato, G. Racca, S. Civitarese Matteucci (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, Milano, 2008, 143 che hanno confermato come sin dai primi anni '90 l'orientamento che il legislatore ha manifestato, in materia di erogazione delle prestazioni sanitarie, era nel senso di «(...) un'evidente propensione per modelli organizzativi e gestionali alternativi rispetto a quelli tipicamente pubblicistici» rilevando altresì che «(...) E' stato così recuperato un ritardo maturato dalla sanità rispetto agli altri settori di servizio pubblico a proposito della revisione di apposite formule strutturali di natura mista, in primis societarie, nell'organizzazione delle attività di prestazioni socio-sanitarie». Per il processo di aziendalizzazione del servizio sanitario si vedano *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, in F. A. Roversi Monaco (a cura di), Rimini, 2000; *L'aziendalizzazione nel d.lgs. n. 229/1999*, in R. Balduzzi, G. Di Gaspare (a cura di), Milano, 2001; N. Aicardi, *La sanità*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, pt. spec, t. I, II ed, Milano, 2003, 625 ss.; G. Cilione, *Diritto sanitario*, II ed, Rimini, 2005; R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007; C. Corbetta, voce *Sanità*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, VI, Milano, 2006, 5412 ss.; V. Molaschi, voce *Sanità*, in *Enc. giur. il Diritto*, XIV, Milano, 2007, 30 ss.; A. Pioggia, M. Dugato, G. Racca, S. Civitarese Matteucci (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, Milano, 2008.

⁵⁰⁶ Le disposizioni che disciplinavano la materia attinente alla regolazione dei rapporti con strutture sanitarie private e l'indicazione degli strumenti finalizzati al loro inserimento nel sistema pubblico di assistenza sanitaria rimandavano puntualmente agli artt. 43 e 44. L'art. 43 comma 1 disponeva in materia di autorizzazioni e di vigilanza, mentre il comma 2 prevedeva una specifica disciplina

di alcuni errori di prospettiva, fu e resta tuttora una delle riforme più importanti della storia dell'Italia repubblicana».⁵⁹⁷ Solo con l'approvazione del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 segnatamente all'art. 3, le USL, pur mantenendo la propria denominazione formale e pur conservando le prerogative, in ordine alla spettanza di compiti gestionali del servizio sanitario quali soggetti titolari del potere di garantire i livelli di assistenza così come indicati nella programmazione sanitaria (comma 2⁵⁹⁸), sono state rivisitate profondamente quanto a profilo e natura giuridica. La riforma del SSN del 1992 ha allocato in capo alle regioni le competenze in materia sanitaria, con poteri di regolazione del servizio, e fatto evolvere le USL, centro d'imputazione della titolarità del servizio sanitario, in aziende dotate di personalità giuridica pubblica e di autonomia sotto il profilo organizzativo, amministrativo, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnico⁵⁹⁹, togliendo, come ha rilevato parte della dottrina, ai Comuni la regia del settore e rendendo così più complessa l'integrazione tra servizi sanitari e servizi sociali⁶⁰⁰. Tale riassetto del profilo giuridico dei soggetti posti a presidio della *governance* del sistema sanitario, aveva quale finalità principale l'introduzione dei principi di efficacia, efficienza ed economicità che devono guidare l'azione amministrativa delle USL. Queste ultime, subiscono anche un adeguamento dei profili organizzativi e di management imperniati sulla figura del direttore generale quale riferimento amministrativo apicale, sempre in un'ottica di aziendalizzazione⁶⁰¹. Le aziende USL assicuravano peraltro in virtù di un'altra previsione di cui all'art. 8

per il convenzionamento delle strutture sanitarie private. L'art. 44 comma 1 dettava disposizioni in materia di convenzionamento di case di cura private.

⁵⁹⁷ S. Luzzi, *Salute e sanità nell'Italia repubblicana*, Roma, 2004, 315

⁵⁹⁸ Disposizione successivamente abrogata dall'art. 3, comma 2, del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229.

⁵⁹⁹ Per un commento sull'art. 3 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 si veda *ex plurimis* J. Caputi Jambrenghi, A. Angiuli, *Commento all'art. 3, in Riordino della disciplina in materia sanitaria. Commento al d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502*, con il coordinamento di F.A. Roversi Monaco, Rimini, 1993, 55 ss.

⁶⁰⁰ Così C. Bottari, *Dai servizi sanitari ai servizi socio assistenziali*, in Id (a cura di), *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, Torino, 2013, 3. che mette in luce come invece il d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229 «(...) la c.d. riforma Bindi del 1999 introduce importanti novità, parlando compiutamente di "Integrazione sociosanitaria" (art. 3-septies, D.Lgs. n. 502/1992) e istituendo il "Distretto" con il compito di assicurare "i servizi di assistenza primaria relativi alle attività sanitarie e sociosanitarie" (art. 3-quater, comma 2, D.Lgs. n. 502/1992)».

⁶⁰¹ Così come annunciato dall'art. 1, lett. d), l. 23 ottobre 1992, n. 421. Tuttavia come ha osservato C. Bottari, *L'intervento del privato nell'erogazione di servizi sanitari e i conseguenti problemi patrimoniali e organizzativi*, in *San. Pubbl.*, 1998, 512 le aziende USL operano ispirandosi al modello aziendalistico ma secondo principi di «(...) economicità parziale, nel senso che il regime giuridico non è ispirato a criteri di totale privatizzazione troppo rilevante ed essenziale restando, infatti, il servizio reso, così che non può subordinarsi a principi totalmente privatistici la funzione di tutela della salute pubblica».

comma 5⁶⁰² l'erogazione delle prestazioni specialistiche, avvalendosi anche tra le altre delle istituzioni sanitarie private, intrattenendo con queste ultime rapporti fondati sulla corresponsione di un predeterminato corrispettivo a fronte della prestazione resa. Come ha sottolineato attenta dottrina⁶⁰³, nell'assetto organizzativo attuale disciplinato dal d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229 c.d. riforma Bindi, è la Regione e non più l'azienda USL il soggetto titolare del servizio pubblico di assistenza sanitaria. L'azienda USL è, invece, una tra le possibili forme di gestione del servizio a titolarità regionale, ancorché essa riveste carattere di soggetto erogatore ad istituzione obbligatoria, e per alcune prestazioni esclusiva, mentre altre modalità quali le aziende ospedaliere di rilievo nazionale e interregionale, e le altre istituzioni sanitarie pubbliche e private accreditate, si configurano quali meramente eventuali e si affiancano alla gestione indefettibile a mezzo di aziende USL. A fronte di tale quadro, viene, infatti, fatta salva la libertà di scelta degli utenti, come peraltro ha ribadito anche la l. 30 novembre 1998, n. 419 presupponendo la pluralità soggettiva in termini di offerta sanitaria ed *a fortiori* come ha ricordato autorevole dottrina⁶⁰⁴ tale facoltà esce corroborata dal nuovo quadro costituzionale che ha approntato garanzie in tale senso con le previsioni di cui all'art. 118 comma 4, in ragione del principio di sussidiarietà orizzontale. Accanto alle forme di gestione disciplinate a livello legislativo, in sostanza corrispondenti ai modelli di gestione diretta a mezzo di ente pubblico strumentale, le aziende USL e della concessione a soggetti terzi in virtù del processo di accreditamento istituzionale⁶⁰⁵ e del successivo accordo contrattuale⁶⁰⁶,

⁶⁰² Disposizione successivamente abrogata dall'art. 8, comma 3, del d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229.

⁶⁰³ N. Aicardi, *La sanità*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, pt. spec, t. I, II ed, Milano, 2003, 665 ss.

⁶⁰⁴ N. Aicardi, *La sanità*, cit., 666.

⁶⁰⁵ Per una illustrazione dell'istituto dell'accredimento, della sua origine e della sua natura si vedano M. Consito, *L'accredimento come limite dell'appalto pubblico di servizi*, in A. Pioggia, M. Dugato, G. Racca, S. Civitarese Matteucci (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario. Un primo bilancio*, cit., 342 ss. Si veda anche S. Antoniazzi, *Governance territoriale e nuovi modelli di organizzazione sanitaria*, in P. Bilancia (a cura di), *Modelli innovativi di governance territoriale*, Milano, 2011, 291 ss.; *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, in C. Bottari (a cura di), Torino, 2013. L'istituto dell'accredimento istituzionale delle strutture sanitarie private è stato introdotto dal d.lgs. 7 dicembre 1993, n. 517 che ha riformato il d.lgs. n. 502/1992, e segnatamente modificando l'art. 8 di quest'ultimo, disponeva che al fine del rilascio dell'accredimento, era necessario il possesso di una serie di requisiti tecnici coincidente in buona sostanza con quelli richiesti per il rilascio dell'autorizzazione ai fini della costituzione della strutture sanitarie private. L'accredimento in tale quadro si presentava vincolato esclusivamente all'accertamento in ordine al possesso di requisiti riguardanti l'organizzazione ed il funzionamento delle strutture private in base a standard di qualità, senza alcun altro riferimento a profili di compatibilità rispetto alla programmazione regionale. In questo quadro l'accredimento assumeva la veste di atto di natura squisitamente autorizzatoria e vincolata. La successiva l. 23 dicembre 1994, n. 724 che esplicitava con più chiarezza gli elementi

le regioni hanno la possibilità di ricorrere, nel quadro di programmi di sperimentazioni gestionali, a moduli giuridici variegati, perlopiù in forma societaria, in virtù di una *partnership* tra strutture del SSN e soggetti privati⁶⁰⁷. Le ragioni per le quali, gradualmente anche nel panorama sanitario si sono attivate collaborazioni tra pubblico e privato, sono da ricercare in prima istanza nella descritta tendenza invalsa da oltre vent'anni da parte delle pubbliche amministrazioni, di ricorrere con frequenza a moduli e strumenti giuridici di diritto comune. In seconda istanza anche il processo di aziendalizzazione del sistema sanitario nazionale ha inciso profondamente nelle dinamiche ricostruttive

fondanti del nuovo sistema sanitario all'art. 6 ribadiva che il servizio sanitario nazionale faceva perno su due elementi quali l'accreditamento quale diritto e la libertà di scelta degli utenti. Tuttavia, l'applicazione delle disposizioni legislative predette ha segnato una singolare discontinuità con l'assetto prefigurato sino a quel momento, come ha dimostrato il d.P.R. 14 gennaio 1997 recante l'atto d'indirizzo di cui all'art. 8 d.lgs. n. 502/1992 atto a definire i requisiti essenziali alle strutture pubbliche e private per conseguire l'autorizzazione all'esercizio di attività sanitarie. Tale atto d'indirizzo disciplinava non soltanto le autorizzazioni ma anche l'accreditamento stabilendo che siano le Regioni competenti ad individuare specifici standard di qualità nel rispetto dei criteri definiti dal d.P.R. stesso. In sostanza vengono previsti requisiti diversi ai fini del conseguimento dell'autorizzazione o dell'accreditamento, per la prima tali requisiti sono di natura perlopiù tecnica, mentre per il secondo essi sono di natura discrezionale affidata alla Regione che valuterà sulla base della compatibilità con la programmazione regionale. Il sistema del rapporto pubblico-privato nel settore dell'erogazione dei servizi sanitari rimane ibrido senza quell'apertura prevista ai soggetti privati sulla base del solo possesso di requisiti qualitativi e subordinato alla programmazione regionale e alla funzione delle aziende USL quali fornitori e al contempo acquirenti dei servizi medesimi. La legge delega di cui alla l. 30 novembre 1998, n. 419 successivamente approvata portava all'emanazione del d.lgs. n. 229/1999 che introduceva un nuovo iter procedurale al fine di ottenere l'accreditamento, che mutava configurazione, non più quale autorizzazione vincolata sulla base del possesso di requisiti tecnici e di qualità (sostanzialmente analoghi a quelli richiesti per l'autorizzazione allo svolgimento di attività sanitaria) bensì quale atto autorizzatorio a contenuto discrezionale reso compatibile con le esigenze di programmazione regionale e dunque condizionato all'assetto previgente delle strutture accreditate.

⁶⁰⁶ L'accordo contrattuale è l'atto negoziale atto a regolare i rapporti tra soggetto pubblico titolare del servizio e struttura privata sanitaria accreditata. Per cogliere la natura giuridica di tale accordo è bene ricordare che l'accreditamento non dà diritto *ex se* ad ottenere il rimborso delle prestazioni sanitarie rese in nome e per conto del SSN bensì conferisce la qualifica di fornitore potenziale di tali prestazioni subordinato alla conclusione dell'accordo contrattuale che non rappresenta una conseguenza necessitata della procedura di accreditamento bensì un ulteriore momento di discrezionalità (si veda C. Corbetta, *La sanità privata nell'organizzazione amministrativa dei servizi sanitari*, Rimini, 2004, 214 ss.).

⁶⁰⁷ Per i modelli societari nella gestione ed erogazione di servizi in ambito sanitario si veda M. Clarich, *La società mista a capitale pubblico e privato: un modello possibile nella sanità*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, I, Milano, 1993, 223 ss; M. Dugato, *Società e joint venture nella gestione dei servizi sanitari*, in *San. Pubbl.*, 1998, 517 ss; Id., *Commento all'art. 9-bis*, in F. A. Roversi Monaco (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini, 2000, 366 ss; M. Clarich, *Sulla possibilità per le aziende ospedaliere di costituire società per azioni a capitale misto*, in *Ragiusan*, n. 189/2000, 70 ss.; M. Dugato, G. Piperata, *Le sperimentazioni gestionali: dalle ragioni della nascita agli sviluppi organizzativi. La valutazione dei risultati delle sperimentazioni gestionali*, in A. Pioggia, M. Dugato, G. Racca, S. Civitarese Matteucci (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, Milano, 2008, 143 ss.; A. Sau, *Le società strumentali*, in *ivi*, 227 ss; T. Bonetti, *Strumenti generali di sperimentazione gestionale*, in *ivi*, 181 ss.; Id., *Le società di sperimentazione gestionale*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit., 335 ss.;

dell'intervento e dell'azione dei pubblici poteri nel settore della sanità pubblica⁶⁰⁸. Infine, alla luce di tali cambiamenti di prospettiva che hanno attraversato il SSN, «l'utilizzo delle società di capitali viene ad essere espressamente contemplato quale opzione attivabile da parte degli erogatori pubblici per la gestione delle prestazioni sanitarie ed assistenziali, marcando così una chiara discontinuità con il precedente assetto organizzativo delineato dal legislatore»⁶⁰⁹.

Per trovare un primo riferimento espresso all'adozione del modulo societario in ambito gestionale nel settore sanitario, occorre andare all'art. 9-*bis* d.lgs. n. 502/1992, introdotto dal successivo d.lgs. 7 dicembre 1993, n. 517 e successivamente sostituito dal d.lgs. n. 229/1999⁶¹⁰ c.d. riforma Bindi, che prevedeva il ricorso moduli di collaborazione pubblico-privato anche mediante la costituzione di società miste capitale pubblico e privato, all'interno di programmi di sperimentazione gestionale, già avviati sulla base di quanto disposto dall'art. 4 comma 6 della l. 30 dicembre 1991, n. 412⁶¹¹ imponendo peraltro il divieto alle aziende del SSN di costituire società, aventi ad oggetto sociale «compiti diretti di tutela della salute», al di fuori dei programmi di sperimentazione gestionali espressamente autorizzati dalle regioni⁶¹². Invero tale norma è alquanto laconica e

⁶⁰⁸ Infatti, come ha opportunamente rilevato R. Manservigi, *Le società pubbliche nella sanità*, in M. Cammelli, M. Dugato (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, 230 ss. «(...) a consacrare l'ordinarietà dell'utilizzo del diritto privato quale corpo di norme applicabile nell'esercizio delle proprie attività, non è solamente l'ampio e dettagliato rilievo riservato alle società miste a capitale pubblico e privato, seppur limitatamente all'ambito delle sperimentazioni gestionali, quanto la stessa nuova configurazione assunta dall'azienda Usl. (...) Il profilo dell'azienda Usl (...) è quello di un soggetto che nonostante il mantenimento della personalità giuridica di diritto pubblico, acquisisce autonomia imprenditoriale, vede le proprie organizzazione e funzionamento disciplinate da un atto aziendale di diritto privato (...) e soprattutto agisce mediante atti di diritto privato».

⁶⁰⁹ Così R. Manservigi, *Le società pubbliche nella sanità*, cit., 227.

⁶¹⁰ Da ultimo il comma 1 dell'art. 9-*bis* era stato modificato da parte del legislatore attraverso l'introduzione dell'art. 3 del d.l. 18 settembre 2001, n. 347 convertito con modificazioni dalla l. 16 novembre 2001, n. 405.

⁶¹¹ Secondo cui «In deroga alla normativa vigente, e nel rispetto dei livelli uniformi di assistenza e dei rispettivi finanziamenti, sono consentite sperimentazioni gestionali, ivi comprese quelle riguardanti modalità di pagamento e di remunerazione dei servizi, quelle riguardanti servizi e prestazioni forniti da soggetti singoli, istituzioni ed associazioni volontarie di mutua assistenza aventi personalità giuridica, consorzi e società di servizi». Come ha puntualizzato R. Manservigi, *Le società pubbliche nella sanità*, cit., 237 l'art. 10 del d.lgs. n. 229/1999 che recava la nuova disciplina riferita alle sperimentazioni gestionali, novellando l'art. 9-*bis* del d.lgs. n. 502/1992, sembrava, a causa del suo mancato richiamo, superare la previsione di cui all'art. 4 comma 6 l. n. 412/1991 che permetteva di effettuare nuove sperimentazioni gestionali in deroga alla normativa vigente. Da qui l'intervento del successivo art. 90, l. 23 dicembre 2000, n. 388, a sua volta modificato dall'art. 52, comma 53, della l. 28 dicembre 2001, n. 488, per rimarcare la perdurante vigenza di quella norme e delle opportunità da essa prospettate.

⁶¹² In proposito si veda R. Manservigi, *Le società pubbliche nella sanità*, cit., 234, secondo il quale «(...) il divieto sancito dall'art. 9-*bis*, comma 4, d.lgs. n. 502/1992, di utilizzare il modello societario al di fuori dei programmi di sperimentazione gestionale è limitato esclusivamente allo svolgimento di compiti diretti di tutela della salute, senza che se ne possa ipotizzare una estensione

priva di specifiche indicazioni in ordine ai profili definatori degli istituti in esame e degli aspetti procedurali attinenti alla costituzione degli stessi. Inoltre il tema delle sperimentazioni gestionali non è annoverabile tra le materie di esclusiva competenza statale e quindi le regioni, hanno un margine apprezzabile nella definizione a livello sperimentale di nuovi modelli organizzativi per provvedere alla gestione del SSN.

Secondo autorevole dottrina il legislatore si sarebbe reso conto della pertinenza dello strumento giuridico della società mista pubblico-privata nel settore sanitario, nella consapevolezza che «per quella via passa il cammino principale delle sperimentazioni»⁶¹³. Ponendo l'attenzione sul procedimento di costituzione delle società miste di sperimentazione gestionale, il problema si poneva sin da subito, stante l'assenza di una chiara disciplina in materia, sulla selezione del socio privato e l'affidamento dell'attività alla società medesima. Sul tema ha contribuito a mettere ordine una pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato⁶¹⁴ che ha rilevato come la costituzione di una società mista dev'essere preceduta dalla selezione ad evidenza pubblica del socio privato. Una volta selezionato il socio privato di minoranza (che non può detenere oltre il quarantanove per cento)⁶¹⁵ si provvede alla definizione degli atti di cui necessita la società per essere formalizzata, e successivamente l'azienda sanitaria pubblica prima adotta la delibera di proposta di iniziativa di sperimentazione gestionale, che viene poi sottoposta al competente organo regionale per l'approvazione.

a fattispecie differenti rispetto a quella tipica, la qualificazione delle aziende sanitarie pubbliche quali soggetti imprenditoriali, aventi capacità e legittimazione privatistiche *pleno jure*, comporta quale conseguenza la loro totale equiparazione agli imprenditori privati e, quindi, la piena legittimazione della costituzione della costituzione di società per lo svolgimento di attività imprenditoriali (...)».

⁶¹³ M. Dugato, *Commento all'art. 9-bis*, in F. A. Roversi Monaco (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, cit., 369.

⁶¹⁴ Cfr. Cons. St., Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1 secondo cui l'art. 9-bis del d.l.gs n. 502/1992 «(...) consente solo la costituzione di società miste, ma non permette certo l'affidamento diretto del servizio a tali società. Diversamente opinando si tratterebbe di norma da disapplicare siccome contraria ai principi del Trattato».

⁶¹⁵ Sull'assetto delle società miste deputate alla sperimentazione gestionali come ha osservato R. Manservigi, *Le società pubbliche nella sanità*, cit., 247 ss. «(...) la conformazione della struttura societaria ipotizzata dal legislatore statale la rende piuttosto rigida, dal momento che il socio privato non può alienare liberamente la propria quota sociale (co. 2, lett. c), mentre il socio pubblico non può scendere al di sotto del cinquantuno per cento del capitale sociale, il che fa apparire, in linea di principio, assai problematiche modificazioni nella composizione soggettiva della compagine societaria, successivamente alla sua costituzione». Sulle caratteristiche del socio privato l'A. rileva che «(...) se la preferenza del legislatore si dirige a favore delle Onlus (...). Siamo parlando delle organizzazioni di volontariato di cui alla l. 11 agosto 1991, n. 266, delle cooperative sociali di cui alla l. 8 novembre 1991, n. 381, delle organizzazioni non governative di cui alla l. 26 febbraio 1987, n. 49, vale a dire di soggetti che, seppure con marcate differenze tra

Tuttavia, le società miste non rappresentano l'unico modulo operativo descrittivo del fenomeno delle sperimentazioni gestionali in ambito sanitario, ed la normativa statale in materia lascia aperta la possibilità di ricorrere una pluralità di istituti, anche se segnala alcuni caratteri indefettibili che devono assistere lo strumento individuato al fine di realizzare la sperimentazione gestionale. Ciò anche in considerazione del diritto alla salute, costituzionalmente riconosciuto, sotteso all'attività posta in essere. Accanto alle società miste sono annoverati tra i modelli giuridici ai quali si può ricorrere in tale ambito, le fondazioni di partecipazione⁶¹⁶, le associazioni in partecipazione⁶¹⁷ nonché le forme associative consortili⁶¹⁸ ed il contratto di *joint venture*⁶¹⁹. Il carattere indefettibile è quello di tipo strutturale, intendendosi con ciò l'esigenza che il rapporto fondante e lo strumento che permette la sperimentazione gestionale sia di natura consociativa⁶²⁰. Ancorché l'interpretazione più fedele al dato normativo suggerirebbe la preferenza per i modelli istituzionalizzati di cooperazione pubblico-privato⁶²¹ nell'ambito del quadro delle sperimentazioni gestionali in sanità, come ha sottolineato una parte della dottrina sarebbe parimenti necessario, atteso il quadro normativo generale,

loro, vedono nella decisa prevalenza e valorizzazione dell'elemento personale rispetto a quello finanziario e patrimoniale il loro tratto comune».

⁶¹⁶ Si veda nota 547.

⁶¹⁷ Si veda sul punto R. Costi, G. Di Chio, *Società in generale - Società di persone - Associazione in partecipazione*, in *Giur. sist. civ. comm. Bigiavi*, Torino, 1980, 717 ss.; G. De Ferra, voce *Associazione in partecipazione (dir. comm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. III, Roma, 1988;

⁶¹⁸ Sulla partecipazione degli enti pubblici ai consorzi si veda M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, I, 241; G. Di Gaspare, voce *Consorti amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, 1989, 475 ss.;

⁶¹⁹ Sui contratti di *joint ventures* si veda G. Mazzone, *L'associazione temporanea d'impresa*, Torino, 1985; M. Tanini, *La joint venture*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, 129 ss.; D. Bonvicini, voce *L'associazione temporanea di imprese*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. III, Roma, 1993. Sulla partecipazione degli enti pubblici ai contratti di *joint ventures* si veda in particolare M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, cit., 244 ss. e per un'analisi del contratto di *joint venture* quale strumento al quale ricorrere per le sperimentazioni gestionali si veda M. Dugato, *Società e joint venture nella gestione dei servizi sanitari*, cit., 531 ss.

⁶²⁰ A questo proposito M. Dugato, *Società e joint venture nella gestione dei servizi sanitari*, cit., 517 ss. ha messo in luce le motivazioni che inducono a preferire la costituzione di forme collaborative strutturali pubblico-privato, tra cui l'interesse del soggetto privato ad attivare un rapporto associativo con la pubblica amministrazione. In senso conforme si veda anche G. Cilione, *Diritto sanitario*, cit., 290 per il quale l'avvio di tali sperimentazioni fa riferimento a «forme stabili di relazione intersoggettiva come contratti associativi, costituzione di fondazioni, affitti di rami d'azienda e così via».

⁶²¹ In ciò recuperando la *summa divisio* operata dal tra PPP contrattuali e PPP istituzionali operata dal Libro Verde del 20 aprile 2004, COM(2004)0327def. Tale considerazione risulta fondata sul fatto che il presupposto della garanzie che assistono il soggetto pubblico di cui all'art. 9-bis comma 2 del d.lgs. n. 502/1992 è un'alterità soggettiva terza rispetto agli attori pubblico e privato della sperimentazione gestionali.

non escludere a priori i modelli convenzionali⁶²². Tuttavia tale *impasse* circa la tipologia di strumenti attraverso i quali realizzare le sperimentazioni gestionali, pare essere stato superato in seguito all'entrata in vigore dell'art. 3 comma 1 della l. 16 novembre 2001, n. 405 (che ha modificato l'art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 502/1992) in virtù del quale la materia delle sperimentazioni gestionali di cui all'art. 9-*bis* non costituisce più principio fondamentale ai sensi dell'art. 117 Cost. In tale modo sono state abilitate così le regioni a dettare una disciplina autonoma prescindendo dai criteri contenuti nell'art. 9-*bis* e altresì rimettendo esclusivo al regime autorizzativo regionale l'avvio delle sperimentazioni, abolendo così la previa autorizzazione in capo alla Conferenza Stato-Regioni. Da ciò ne è conseguita una maggiore autonomia e ampiezza in termini di determinazioni regionali, anche se ove le regioni non ritengano di esercitare le proprie prerogative in ordine all'avvio di dette sperimentazioni, devono attenersi quanto previsto dall'art. 9-*bis* del d.lgs. n. 502/1992⁶²³.

⁶²² Così T. Bonetti, *Strumenti generali di sperimentazione gestionale*, cit., 342 ss. Si veda a conferma di tale orientamento anche *Analisi e Valutazione delle Sperimentazioni Gestionali*, CER GAS, Roma, 27 settembre 2012.

⁶²³ Tra le regioni che hanno adottato norme in materia di sperimentazioni gestionali si ricorda tra tutte la Lombardia, che ha disciplinato la materia con l'art. 19 della l.r. 30 dicembre 2009, n. 33 (Testo Unico delle leggi regionali in materia di sanità) successivamente modificato dall'art. 1, lett. z) della l.r. 11 agosto 2015, n. 23. Tale disciplina all'art. 19 comma 1 prevede che «La Regione promuove (...) programmi di sperimentazione aventi ad oggetto nuovi modelli gestionali che prevedano forme di collaborazione tra soggetti erogatori di diritto pubblico e di diritto privato, al fine di migliorare l'efficienza e la qualità del SSL». Al successivo comma 2 vengono indicati i criteri sulla base dei quali la Giunta regionale adotta le relative linee di indirizzo il primo prevede che «la natura della sperimentazione deve essere ricondotta ad una delle seguenti forme giuridiche: fondazioni, associazioni in partecipazione, società miste, soggetti di diritto privato selezionati con procedura ad evidenza pubblica» ed il secondo dispone che «alla sperimentazione gestionale si applicano le regole dell'autorizzazione, dell'accreditamento e della contrattualizzazione di cui al d.lgs. n. 502/1992». Il comma 3 delimita l'ambito oggettivo di applicazione delle sperimentazioni prevedendo che queste ultime «(...) possono riguardare tutte le attività sanitarie, sociosanitarie e sociali, attraverso la qualificazione dei servizi, l'ammodernamento delle strutture e l'utilizzo di nuovi modelli organizzativi». Al comma 4 viene dettata la disciplina in ordine al procedimento di autorizzazione da parte della Giunta regionale, della durata quinquennale non rinnovabile per più di una volta per uguale periodo. Al termine della sperimentazione, sulla base di un'autorizzazione accordata dal medesimo organo regionale, è possibile procedere alla stabilizzazione del modello gestionale, disponendo l'autorizzazione, l'accreditamento e la contrattualizzazione del soggetto gestore, oppure in alternativa dichiararne la cessazione. Infine al comma 5 si prevede la possibilità in capo alla Giunta regionale di autorizzare rimodulazioni del progetto iniziale sulla base di esiti rilevati nell'attività di monitoraggio, al fine di garantirne la sostenibilità e l'appropriatezza prestazionale ed economica. Si ricorda anche sempre in materia di sperimentazioni gestionali la Regione Toscana, che ha disciplinato la materia agli artt. 34 e 34-*bis* della l.r. 23 febbraio 2005, n. 40 (Disciplina del servizio sanitario regionale) così come modificata dalla l.r. 28 dicembre 2015, n. 84. L'art. 34 comma 1 prevede che «Le aziende sanitarie (...) possono, previa sperimentazione, attivare rapporti in forma societaria con soggetti privati nel rispetto degli indirizzi della programmazione sanitaria e sociale integrata regionale e relativamente alle attività in essa indicate». Al successivo comma 2 si prevede sul piano procedimentale che, l'attivazione del rapporto societario avviene nel rispetto di quanto dispone l'art.9-*bis* del d.lgs. n. 502/1992, inoltre sussiste l'obbligo per le aziende sanitarie di sottoporre previamente alla Giunta regionale lo schema di statuto societario che si intende costituire. Quest'ultima propone l'atto conseguente al

A seguito della riforma del SSN iniziata con il d.lgs. n. 502/1992 il ricorso alle società da parte delle aziende sanitarie pubbliche⁶⁵⁴ può avvenire in una duplice modalità: in primo luogo attraverso la gestione dei servizi sanitari e assistenziali propriamente definiti e costitutivi della *mission* istituzionale delle aziende sanitarie pubbliche e che il legislatore identifica quali «compiti diretti di tutela della salute» nel rispetto dei vincoli in termini procedurali previsti per i programmi di sperimentazione gestionali, dall'altro al di fuori del perseguimento delle finalità istituzionali, si collocano le attività accessorie, per le quali operano i principi generali che valorizzano la capacità giuridica di diritto privato, generalmente riconosciuta alle aziende sanitarie in quanto enti pubblici, non ricorrendo i vincoli di cui ai predetti programmi di sperimentazione gestionali.

A metà tra le predette soluzioni si collocava la norma di cui all'art. 28 comma 8 della l. 28 dicembre 2001, n. 448 con cui si era prevista l'opportunità (poi vanificata dal successivo intervento di riordino complessivo in materia) in via sperimentale e sentite le regioni interessate nonché le organizzazioni sindacali, di trasformare gli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico (Irccs)⁶⁵⁵ anche in società per azioni, fermo restando la loro natura pubblica. Nell'ambito della ricerca scientifica, gli Irccs costituiscono un modello di impiego virtuoso della fondazione di partecipazione⁶⁵⁶. Il d.lgs. 16 ottobre 2003, n. 228 avente per oggetto

Consiglio regionale che approva entro i successivi trenta giorni e al quale è demandata una funzione di controllo periodico in ordine all'andamento di dette società. L'art. 34-*bis* prevede invece che la stessa procedura prevista ai fini dell'instaurazione di rapporti in forma societaria con soggetti privati, sia esperibile anche ai fini dell'attivazione di convenzioni con soggetti privati nel rispetto degli indirizzi della programmazione sanitaria e sociale integrata e relativamente alle attività in essa indicate.

⁶⁵⁴ Le motivazioni sottese alla costituzioni di società miste da parte delle aziende sanitarie pubbliche sono state ampiamente e puntualmente ricostruite da G. Fiorentini, *Società a capitale misto nell'offerta di servizi sanitari*, in *MCR*, 2000, 883 ss.

⁶⁵⁵ L'evoluzione normativa in tema di ricerca scientifica permette di comprendere la natura degli Irccs. L'art. 2, comma 4, della l. 12 febbraio 1968, n. 132 includeva tra i compiti dell'ente ospedaliero la possibilità di «compiere ricerche e indagini scientifiche e medico-sociali in ordine al perseguimento degli scopi istituzionali». L'art. 42 della l. 23 dicembre 1978, n. 833 istitutiva del SSN, aveva affidato agli Irccs il compito di realizzare insieme a prestazioni sanitarie di ricovero e cura anche «specifiche attività di ricerca scientifica biomedica». Il d.lgs. 30 giugno 1993, n. 269 recante riordino degli Irccs aveva affiancato al settore biomedico anche quello della organizzazione e gestione dei servizi sanitari. Da ultimo l'art. 1 del d.lgs. 16 ottobre 2003, n. 228 ha previsto che la ricerca biomedica deve attestarsi come prevalentemente clinica e traslazionale e che le prestazioni di ricovero e cura assumono il carattere di alta specialità.

⁶⁵⁶ I caratteri essenziali delle fondazioni Irccs è la personalità giuridica di diritto pubblico, e la distinzione al loro interno tra soggetti fondatori (Ministero della Salute, Regione e Comune nel quale ha la sede di attività l'Irccs) e soggetti partecipanti, infine la partecipazione o collaborazione di soggetti pubblici e privati (art. 2 comma 1). E' rimessa all'autonomia statutaria di ciascuna fondazione Irccs la disciplina in ordine alle modalità e delle condizioni della partecipazione, quale ad esempio l'apporto patrimoniale e la modalità di composizione del consiglio d'amministrazione. Si veda sul tema M. Occhiena, *Le fondazioni istituti di ricovero e cura a carattere scientifico*, in *www.giustamm.it*, 2006; S. Foà, *Un nuovo caso di fondazione strumentale all'ente pubblico*

il riordino della disciplina degli Irccs ha disposto la trasformazione, a norma dell'art. 42 comma 1 della l. 16 gennaio 2003, n. 3, in fondazioni degli istituti pubblici di ricerca nel settore biomedico e dell'organizzazione e gestione dei servizi sanitari di ricovero e di cura di alta specialità⁶⁷. Le fondazioni Irccs, dotate di personalità giuridica pubblica (art. 2 comma 1 d.lgs. n. 288/2003) ancorché per quanto non disciplinato risulti applicabile la disciplina di cui al codice civile che opera in via residuale o suppletiva, costituiscono una opzione gestionale che anche la Corte Costituzionale, nella sentenza n. 270/2005, ha definito «alquanto innovativa». Il d.lgs. n. 288/2003 in attuazione della delega legislativa prevede la finalità esclusivamente pubblica della ricerca, l'obbligo di destinare i profitti derivanti dalla partecipazione della fondazione ad enti di natura mista a iniziative aventi finalità istituzionali perseguite dalla fondazione medesima, il divieto di imputare alla fondazione eventuali perdite conseguite, la previsione di alcuni obblighi di rendicontazione dell'attività e di obiettivi e tempi chiari per il loro conseguimento. Il d.lgs. n. 288/2003 non prevede l'affidamento a soggetti terzi di parziale attività di assistenza sanitaria, come invece prevedeva espressamente la legge delega all'art. 42 comma 2 lett. i). Vengono previste all'art. 8 comma 4 «misure idonee di collegamento e sinergia» con altre realtà sia pubbliche sia private per «praticare comuni protocolli di assistenza» pur tuttavia senza dettagliarne il contenuto. L'art. 9 prevede la possibilità di ricorrere ad accordi, convenzioni, consorzi e società miste, esclusivamente per attività differenti da quelle istituzionali, residuando in tale caso margini attraverso i quali le regioni o fondazioni potranno agire tenendo presente il modello dell' 9-bis del d.lgs. n. 50271992 ai fini dell'esternalizzazione delle funzioni istituzionali delle aziende sanitarie. Gli Irccs così come emergono dal dettato normativo della riforma, ad avviso di parte della dottrina, non possono che aderire alla natura propria degli

fondatore: la trasformazione degli IRCCS tra salvaguardia delle competenze regionali e rispetto dell'autonomia fondazionale, in *ivi*, 2006; A. Maltoni, *Enti pubblici e privati in forma di fondazione: regime giuridico e modalità d'intervento nei settori dei servizi alla persona*, cit., 776 ss.

⁶⁷ Sul punto si veda A. Police, *Le fondazioni universitarie tra mito e realtà*, cit., 85 il quale richiamando la nota pronuncia della Corte Cost. n. 270/2005, che ha ritenuto conforme a costituzione la riforma degli Irccs in quanto rispettose delle attribuzioni e competenze regionali, salvo per alcuni aspetti inerenti la *governance* (ovvero la composizione del consiglio d'amministrazione) ed il controllo ministeriale ritenuto incongruente con la natura degli Irccs quali enti a rilevanza nazionale, operanti nell'ambito regionale, rileva come il d.lgs. n. 288 del 2003 è finalizzato a disciplinare «un procedimento uniforme di trasformazione degli Irccs esistenti in un nuovo tipo di soggetto pubblico, caratterizzato da un rinnovato modello organizzativo destinato a soddisfare le esigenze di funzionamento a rete» ritenendo legittimi non solo quelli costituiti in

enti pubblici, atteso che recano lo statuto etero determinato adottato d'intesa tra Ministero della Salute e Regione (art. 3 comma 1 d.lgs. n. 288/2003) e le pregnanti ingerenze pubbliche, che limitano significativamente l'autonomia statutaria⁶²⁸. Inoltre, le medesime possono essere ascritte alle fondazioni di diritto pubblico o di diritto amministrativo o in assenza di un modello fondazionale agli enti strumentali, rispetto all'ente pubblico fondatore. Se è vero che il processo di aziendalizzazione del servizio sanitario, ha consentito alle strutture sanitarie pubbliche di aumentare la propria efficienza gestionale, innovandosi sia da quest'ultimo punto di vista sia da quello organizzativo più funzionale al perseguimento di obiettivi di efficacia, rimane ancora molto da fare, come è stato segnalato⁶²⁹, nel rapporto con i territori e nell'integrazione con la comunità locale ad esempio mediante il ricorso allo strumento della fondazione a supporto dell'azienda sanitaria avente una vocazione molto duttile aperta ai contributi di soggetti pubblici e privati, finalizzata all'istituzionalizzazione dei rapporti tra azienda sanitaria pubblica e comunità territoriale. Infatti, la *ratio legis* improntata ad implementare i rapporti tra strutture sanitarie pubbliche e contesto di riferimento su base territoriale, è altresì rintracciabile in numerosi interventi normativi che si sono succeduti e che costellano il processo di aziendalizzazione:

seguito alla trasformazione bensì anche quelli che non hanno subito tale trasformazione e quelli di diritto privato ai sensi dell'art. 42 comma 1 lett. g) e p).

⁶²⁸ A questo proposito S. Foà, *Un nuovo caso di fondazione strumentale all'ente pubblico fondatore: la trasformazione degli IRCCS tra salvaguardia delle competenze regionali e rispetto dell'autonomia fondazionale*, cit., 75 ha sottolineato come «Lo stesso decreto disciplina il rapporto con il personale (art. 11), il ricorso agli strumenti gestionali di matrice privatistica (art. 8); e dispone analiticamente in ordine a molteplici aspetti organizzativi dell'Ente, comprimendo fortemente l'autonomia statutaria della fondazione, salvi gli ambiti ad essa riaffidati (in materia di composizione degli organi e controlli) per effetto della sentenza della Corte in commento».

⁶²⁹ F. G. Angelini, E. Porazzi, *Le fondazioni a supporto dell'azienda sanitaria per un nuovo rapporto con il territorio*, in *San. pubbl. priv.*, n. 2/2005, 42 ss. per i quali, anche se la fondazione di partecipazione tra ispirazione e legittimazione nella logica che favorisce il cambiamento del rapporto, inteso in senso tradizionale, tra strutture sanitarie e territorio, non è assolutamente accertato che tale modello rappresenti lo strumento migliore ai fini dell'integrazione dei sistemi locali, perché occorre valutare caso per caso valutando il contesto effettivo interno ed esterno alla struttura sanitaria. Tra gli strumenti possibili per favorire detta integrazione sistemica con il territorio, in alternativa alla fondazione di partecipazione, si ricorda la fondazione a supporto dell'azienda sanitaria, un soggetto giuridico interamente di diritto privato aperto al contributo di altri soggetti, e svincolato dai limiti operativi cui invece restano soggette le Fondazioni Irccs, e che si limita a svolgere una funzione sussidiaria rispetto all'azienda, invece che sostituirsi ad essa nell'erogazione dei servizi sanitari, e che viene a collocarsi a metà tra la fondazione di erogazione e quella d'impresa assolvendo al compito di istituzionalizzare i rapporti tra l'azienda sanitaria e la comunità locale. L'ottica perseguita è quella dell'ottimizzazione, della responsabilizzazione e della partecipazione degli interlocutori locali favorendo la raccolta di energie e risorse provenienti dalla comunità per gestire ad esempio in maniera efficiente i servizi offerti ed il patrimonio non direttamente ascrivibile all'attività di pubblico interesse nel servizio sanitario come nel caso di numerose strutture sanitarie che detengono ingenti patrimoni immobiliari derivanti da lasciti e donazioni effettuate da benefattori.

dalla trasformazione degli Irccs in Fondazioni Irccs di natura pubblica al tema delle sperimentazioni gestionali *ex art. 9-bis* d.lgs. n. 502/1992, recante una previsione alquanto laconica e confusa nel contenuto, di cui autorevole dottrina ha evidenziato i limiti applicativi, i possibili rischi d'involuzione e la difficoltà misurarne e valutarne l'efficacia di attuazione in sede giuridica⁶⁰, fino alla possibilità accordata alle aziende sanitarie pubbliche (USL e Aziende Ospedaliere) in virtù della riconosciuta capacità giuridica, di ricorrere alle società miste, alle fondazioni, ai consorzi ai fini dello svolgimento di attività di carattere sanitario.

L'evoluzione della normativa concernente il servizio sanitario nazionale è stata caratterizzata dalla volontà di attuare tali previsioni, in base a scelte di politica legislativa che nei diversi periodi storici hanno rispecchiato i differenti orientamenti e le differenti condizioni esistenti, da ciò è derivato un assetto generale alquanto complesso e dal punto di vista sia della sua configurazione istituzionale sia della sua organizzazione. Tali sono scaturite in primo luogo dall'intreccio in termini di riparto di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali in materia di tutela della salute revisionate da ultimo attraverso la l. cost. n. 3/2001 che ha interamente rivisitato il Titolo V della Costituzione⁶¹. In secondo luogo tale assetto, è derivato dalla coesistenza sul piano dell'offerta sanitaria di soggetti erogatori sia pubblici sia privati, grazie al sistema dell'accreditamento⁶² delle strutture sanitarie, introdotto dalle riforme adottate prima con il d.lgs. n.

⁶⁰ Da ultimo si veda T. Bonetti, *Strumenti generali di sperimentazione gestionale*, cit., 357 ss. Circa le difficoltà a misurare e valutare l'efficacia delle sperimentazioni gestionali si veda la disamina approfondita compiuta da M. Dugato, G. Piperata, *Le sperimentazioni gestionali: dalla ragione della nascita agli sviluppi organizzativi. La valutazione dei risultati delle sperimentazioni gestionali*, cit., 165 ss. Si veda anche R. Manservigi, *Le società pubbliche nella sanità*, cit., 254 che proprio con riferimento alle sperimentazioni gestionali paventa il rischio che «(...) il coinvolgimento del privato in una struttura societaria chiamata a svolgere compiti diretti di tutela della salute, inserisca un elemento di alterazione all'interno di un modello di concorso tra pubblico e privato nell'erogazione delle prestazioni sanitarie che, con molta fatica il legislatore ha tentato di delineare mediante il meccanismo degli accordi contrattuali e dell'acquisto delle prestazioni e, particolarmente, dell'autorizzazione e dell'accreditamento (...)».

⁶¹ Per una più ampia analisi si veda *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, in R. Balduzzi, G. Di Gaspare (a cura di), Milano, 2002.

⁶² Sulla cui natura giuridica è stata chiamata a pronunciarsi anche la giurisprudenza amministrativa che come ha ricordato da ultimo F. Spanicciati, *Pubblico e privato nell'accreditamento*, in *Giorn. dir. amm.*, n.5/2016, 673 ss. prevalentemente l'ha qualificato quale rapporto concessorio, anche in continuità con il precedente rapporto di convenzionamento (cfr. TAR Cagliari, Sez. I, 3 dicembre 2008, n. 2151; TAR Bari, Sez. II, 9 marzo 2006, n. 800; Cass., Sez. III, 25 gennaio 2011, n. 1740, Cass., SS.UU., 8 luglio 2005, n. 14335, Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2010, n. 2828) anche se non sono mancate posizioni di segno differente atte a qualificare l'accreditamento quale rapporto autorizzatorio (cfr. TAR Calabria, Catanzaro, Sez. I, n. 827/2007; TAR Campania, Napoli, Sez. I, 6 novembre 2000, n. 409; Cons. Stato, Sez. IV, 11 novembre 2002, n. 6191) ovvero «atto dovuto

502/1999 e poi con il d.lgs. n. 229/1999, che ha sostituito il precedente sistema basato sul convenzionamento con le strutture sanitarie private.

Il principio di sussidiarietà, previsto all'art. 118 Cost., rappresenta non appena un principio cristallizzato nel dettato costituzionale⁶³, bensì assurge a criterio regolatore dell'esercizio del potere pubblico nell'ambito di competenze non esclusive tra istituzioni pubbliche (sussidiarietà verticale) e dell'esercizio del medesimo potere nell'ambito di attività d'interesse generale tra soggetti pubblici e privati (sussidiarietà orizzontale). La sussidiarietà risulta, pertanto, una chiave di lettura interpretativa coerente ed adeguata, in rapporto all'organizzazione ed alla gestione del servizio sanitario nazionale, a seguito dei molteplici interventi di riforma, in particolare sotto il profilo dell'organizzazione istituzionale del servizio e sotto il profilo dell'erogazione del medesimo non appannaggio esclusivo dei soggetti pubblici⁶⁴. La trattazione che seguirà sarà dedicata a indagare gli effetti che il principio di sussidiarietà orizzontale, quale paradigma collaborativo pubblico-privato, può esplicare con riferimento all'organizzazione e alla prestazione dei servizi sanitari, sotto il profilo delle prerogative riconosciute ai soggetti privati, attivi nell'ambito del settore sanitario, in termini di parità di trattamento con i soggetti pubblici nell'accesso alla gestione dei servizi sanitari, effettiva concorrenza, libertà di scelta da parte degli utenti. Questi ultimi criteri possono essere ritenuti corollari applicativi del principio di sussidiarietà orizzontale, nel servizio sanitario nazionale, che non deve estrinsecarsi in una generale subalternità o selettività dell'intervento del pubblico potere rispetto all'esercizio dell'autonomia dei soggetti privati, bensì può tradursi in una garanzia effettiva a questi ultimi di operare a pari condizioni rispetto a quelle dei soggetti

subordinato al mero possesso dei requisiti tecnici richiesti per l'erogazione delle prestazioni sanitarie e all'accettazione del sistema delle remunerazioni a tariffa».

⁶³ Per una posizione dubitativa circa l'effettiva costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale anche in termini di giustiziabilità stessa del principio si veda M. Dugato, *Sussidiarietà e salute*, in *San pubbl. priv.*, n. 2/2006, 9 ss. secondo cui «Il valore precettivo dell'attuale formulazione dell'art. 118 è dubbio tanto da rendere il disposto una sorta di consiglio al legislatore più che un vero e proprio vincolo costituzionale e da non permettere neppure di immaginare una declaratoria di illegittimità di una legge per violazione del principio». Inoltre ricorda l'A. in ordine alla legittimazione dell'attività sanitaria da parte delle strutture private «Con riferimento alle strutture non accreditate, la legittimazione costituzionale è tradizionalmente ricondotta all'art. 41 e alla libera iniziativa economica privata e non pare davvero che l'art. 118 riformato ne imponga una nuova lettura. Per quel che riguarda invece le strutture accreditate è l'inglobamento delle stesse nell'organizzazione sanitaria pubblica a negare in radice la sussidiarietà orizzontale, in virtù della quale dovrebbe essere riconosciuto il ruolo autonomo dell'azione dei privati in vista della finalità collettiva, indipendentemente ed al di fuori di una loro immissione nel sistema sanitario pubblico».

⁶⁴ Si vedano G. Pastori, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2002, 85 ss; S. Antoniazzi, *Riforma del Titolo V della Costituzione e tutela della salute: prospettive offerte dalle nuove competenze regionali per la materia sanitaria*, in *Dir. econ.*, n.1/2003, 96 ss.

pubblici in un'ottica d'integrazione. Il grado di apertura in relazione a tale visione di parità collaborativa e di trattamento tra soggetti pubblici e privati, all'interno di un servizio sanitario, inteso in senso oggettivo, è l'elemento discriminante e distintivo dei diversi sistema sanitari disegnati dalle differenti legislazioni regionali. Tuttavia, non bisogna ignorare che dall'avvenuta costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà, né la legislazione nazionale, che anzi si è attestata su posizioni di resistenza rispetto al medesimo principio, né quelle regionali, salvo alcuni casi circoscritti⁶⁵, hanno registrato novità significative in materia sanitaria, a riprova forse che gli assetti giuridici regionali siano stati perlopiù oggetto di un processo di adeguamento piuttosto che di riforma complessiva della materia.

3.6. La collaborazione pubblico-privato nella legislazione regionale sanitaria in Lombardia ed in Toscana.

Nel contesto delle legislazioni promosse a livello regionali in materia sanitaria, è possibile ricostruire un duplice modello che a geometria variabile e su differenti presupposti ha impostate le proprie politiche in ambito di tutela della salute, sulla base di dinamiche collaborative pubblico-privato. Da un lato si può ricordare il modello adottato dalla Regione Lombardia che vede il rapporto tra soggetti pubblici e soggetti privati in chiave sussidiaria riconoscendo un rilievo decisivo alla libertà di scelta dell'utente, in cui l'offerta sanitaria si colloca (con operatori sia pubblici sia privati), prevalentemente all'esterno delle aziende e dei distretti sanitari, con il ruolo determinante degli operatori accreditati, disegnando un sistema complessivo in parte alternativo a quello previsto dalla legislazione nazionale. Dall'altro, invece, si può menzionare il modello adottato dalla Regione Toscana, definito "cooperativo-integrato", che persegue da un lato l'integrazione a livello istituzionale coinvolgendo i Comuni, e dall'altro mantiene un'integrazione socio-sanitaria. Nel modello toscano all'azienda sanitaria pubblica spetta la titolarità, in ordine alla gestione in via diretta della quasi totalità dei servizi sanitari. Tuttavia, è stata prevista la sperimentazione di strumenti quali le Società della salute, enti consorziali costituiti da aziende sanitarie pubbliche,

⁶⁵ Cfr. M. Dugato, *Sussidiarietà e salute*, cit., 10 il quale con riferimento all'applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale nelle legislazioni regionali ha ravvisato che «(...) Eccezione fatta per l'ordinamento regionale della Lombardia, poche sono le espressioni tipizzate del principio. Anzi, le norme generali dell'organizzazione sanitaria dettate dalla disciplina statale sembrano sostanzialmente escluderlo».

Comuni con la partecipazione di medici di base ed organizzazioni *no profit* locali, nell'ottica di implementare l'integrazione socio-sanitaria e aumentare la collaborazione pubblico-privato.

Il tratto fondamentale che caratterizza l'assetto ordinamentale sanitario lombardo è quello senza alcun dubbio della valorizzazione, come ricordato, del principio di sussidiarietà orizzontale come emerge anche dall'art. 1 comma 2 della l.r. 11 luglio 1997, n. 31⁶⁶, abrogata dall'art. 133 comma 1 lett. bb) dell l.r. 30 dicembre 2009, n. 33 (Testo Unico delle leggi regionali in materia di sanità) a sua volta modificata dalla l.r. 11 agosto 2015, n. 23. La sussidiarietà così come emerge dalla legislazione lombarda non assurge appena a principio programmatico bensì rinvia puntualmente ad un criterio ordinatore dei rapporti pubblico-privato che trova applicazione in questo modello sanitario fondato sulla concorrenza tra una pluralità di soggetti operatori ed erogatori⁶⁷. L'esperienza del

⁶⁶ Cfr. art. 1 comma 2 l.r. 11 luglio 1997, n. 31 «Le norme della presente legge si ispirano al principio della sussidiarietà solidale tra le persone, le famiglie, gli enti pubblici e i soggetti privati accreditati erogatori dei servizi, al fine di fornire le prestazioni necessarie ai cittadini». Anche l'art. 2 al comma 1 della l.r. n. 33/2009 (Testo unico delle leggi regionali in materia di sanità) sostitutiva della precedente, così come modificata dalla l.r. n. 23/2015, fissa tra i principi fondamentali del sistema sanitario lombardo, accanto all'art. 32 Cost. «a) rispetto della dignità della persona, centralità del ruolo della famiglia e dell'equità di accesso ai servizi ricompresi nel SSR; b) scelta libera, consapevole e responsabile dei cittadini di accesso alle strutture sanitarie e sociosanitarie, pubbliche e private, per la cura e la presa in carico, in un'ottica di trasparenza e parità di diritti e doveri tra soggetti pubblici e privati che operano all'interno del SSL; c) orientamento alla presa in carico della persona nel suo complesso; d) separazione delle funzioni di programmazione, acquisto e controllo da quelle di erogazione, svolte dal vertice dell'organizzazione dell'articolazione territoriale del SSL (...)». Per un'analisi circa l'attuazione del principio di sussidiarietà in Regione Lombardia si vedano *L'attuazione della sussidiarietà orizzontale in Lombardia. I lavori dell'Osservatorio sulla riforma amministrativa e sul Federalismo 2001-2003*, in L. Violini (a cura di), CRISP - Centro di Ricerca Interuniversitario per i servizi di pubblica utilità, IReR - Istituto Regionale di Ricerca della Lombardia, Regione Lombardia, Milano, 2004; *La sussidiarietà in Lombardia. I soggetti, le esperienze, le policy*, in A. Brugnoti, G. Vittadini (a cura di), IReR - Istituto Regionale di Ricerca della Lombardia, Milano, 2008. Sul modello sanitario adottato nella legislazione regionale in Regione Lombardia si vedano C. Lucchina, A. Zangrandi, *Il modello sanitario lombardo: un'esperienza di sussidiarietà*, in A. Brugnoti, G. Vittadini (a cura di), *La sussidiarietà in Lombardia. I soggetti, le esperienze, le policy*, IReR - Istituto Regionale di Ricerca della Lombardia, Milano, 2008, 119 ss.; *Il modello lombardo di Welfare*, in G. Carabelli, C. Facchini (a cura di), Milano, 2011, 256 ss.; *Come cambia il welfare lombardo*, in C. Gori (a cura di), Rimini, 2011, 473 ss.

⁶⁷ Tale impronta di sistema aperto in ambito sanitario così come prospettato dalla l.r. 11 luglio 1997, n. 31 veniva progressivamente ridimensionata a seguito dell'evoluzione normativa sanitaria in ambito nazionale, in primo luogo con l'introduzione dei tetti massimi ed il venire meno della flessibilità della determinazione dei volumi di prestazioni sanitarie erogabili ed in secondo luogo con l'introduzione del sistema di accreditamento istituzionale di cui al d.lgs. n. 229/1999 subordinato all'adozione del piano socio-sanitario regionale. La disciplina vigente di cui all'art. 9 comma 3 della l. 30 dicembre 2009, 33 e s.m. prevede, infatti, che le strutture pubbliche e private vengano accreditate in conformità ai criteri stabiliti nel piano socio-sanitario regionale, e al comma 8 emerge con chiarezza e sulla scorta di quanto prevede il d.lgs. n. 229/1999 che l'accREDITAMENTO non si configura quale atto di discrezionalità tecnica bensì quale atto anche di discrezionalità amministrativa a pieno titolo in relazione agli atti di programmazione regionale dei fabbisogni che appare dirimente anche nella definizione dei successivi accordi contrattuali. Come ha rilevato E. Griglio, *L'esperienza della Lombardia: il ruolo della Regione*, in C. De Vincenti, R. Finocchi

modello sanitario, ma più in generale di welfare lombardo, ha segnato se pure a livello regionale, il passaggio da una concezione tradizionale di *welfare state* incentrato sul finanziamento dell'offerta e sull'unicità soggettiva tra chi finanzia e chi eroga il servizio ad una più evoluta e moderna idea di *welfare society*⁶³⁸ o welfare di comunità in cui il soggetto pubblico assume un ruolo essenzialmente regolatore atto a coordinare e favorire gli attori sociali principali, ovvero le famiglie, il mercato ed il terzo settore, che diventano al tempo stesso consumatori, produttori e finanziatori del sistema di welfare medesimo. Per rimettere la centro delle politiche pubbliche la persona quale soggetto destinatario di servizi occorre innanzitutto lo spostamento del finanziamento dall'offerta ovvero dal soggetto erogatore, alla domanda ovvero al soggetto consumatore, accogliendo l'ottica per cui è la domanda che deve orientare la direzione del servizio e non il contrario⁶³⁹. Per fare ciò è necessario che, accanto alla garanzia dell'accesso universale ai servizi, ad ogni persona sia garantita la libertà di scelta in un contesto di competizione concorrenziale tra operatori pubblici e privati, accreditati dall'ente pubblico sulla base di *standards* predefiniti, restituendo così peraltro all'ente pubblico ampi poteri programmatori e regolativi⁶⁴⁰. In questo quadro assume un valore strategico lo strumento del *voucher*, un titolo di accesso a beni o servizi erogato da un soggetto pubblico o privato, assegnato eventualmente ad un soggetto gestore, utile ad acquisire beni o servizi presso un novero di soggetti

Gherzi, A. Tardiola (a cura di), *La sanità in Italia, Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, Bologna, 2010, 237 gli interventi legislativi successivi al d.lgs. n. 229/1999 il sistema sanitario lombardo hanno temperato i profili di apertura iniziale ad un libero mercato concorrenziale paritario tra soggetti pubblici e privati, accreditati esclusivamente sul possesso *standards* di qualità, evolvendo verso un sistema ibrido fondato sul recupero di una funzione primaria per la Regione quale soggetto titolare dei compiti di programmazione e di un'offerta sanitaria complessiva ricondotta nell'alveo di indirizzi riguardanti la politica sanitaria regionale.

⁶³⁸ Cfr. *Il welfare mix. Stato sociale e terzo settore*, in U. Ascoli, S. Pasquinelli (a cura di), Milano, 1993; *Liberi di scegliere. Dal welfare state alla welfare society*, in G. Vittadini (a cura di), Milano, 2002; U. Ascoli, C. Ranci, *Il welfare mix in Europa*, Roma, 2003; *Welfare community e sussidiarietà*, in S. Belardinelli (a cura di), Milano, 2005;

⁶³⁹ Cfr. S. Cerlini, A. Venturi, *Il sostegno alla domanda di servizi alla persona e alla famiglia*, in F. Maino e M. Ferrera (a cura di), *Secondo Rapporto sul secondo welfare in Italia*, Torino, 2015, 14 ss.

⁶⁴⁰ In questi termini L. Violini, A. Venturi, *La riorganizzazione dei servizi al lavoro in prospettiva comparata. Prime considerazioni*, in L. Melica, L. Mezzetti, V. Piergigli (a cura di), *Studi in onore di Giuseppe De Vergottini*, t. III, pt. VII, Sez. II, Padova, 2015, 2101 ss. Perché si possa realizzare un sistema che garantisca la libertà di scelta delle persone è necessario come hanno rilevato S. Cerlini, A. Venturi, *Il sostegno alla domanda di servizi alla persona e alla famiglia*, cit., 16 che dal lato della domanda «(...) il potere d'acquisto assegnato dall'ente pubblico si utilizzato in maniera razionale. In tale prospettiva diviene, quindi, fondamentale assicurare che vi siano costi di transizione minimi, una prevenzione delle asimmetrie informative, una definizione degli standard di servizio e di prestazione, un'attenta valutazione quali-quantitativa delle prestazioni erogate, cui subordinare l'accreditamento, unitamente alle misurazione delle performance dei soggetti erogatori».

accreditati. Il *voucher*, o altri strumenti analoghi come il buono scuola o la dote, sono stati introdotti nella legislazione regionale lombarda non soltanto in materia sanitaria bensì più in generale nel sistema di accesso ai servizi di welfare e nella formazione, istruzione, lavoro⁶¹. La l.r. n. 33/2009, recante Testo Unico delle leggi regionali in materia di sanità, come da ultimo modificata, contempla i principi cardine del sistema in base ai quali le strutture private sono equiparate totalmente a quelle pubbliche, si da garantire la libertà di scelta agli utenti che sarebbero in grado di orientare l'offerta di servizi secondo criteri di maggiore adeguatezza, qualità e specializzazione, sulla base di *standards* di qualità stabiliti *ex ante* dalla Regione che provvede al controllo *ex post*, sulla base degli atti di programmazione socio-sanitaria⁶². Il sistema sanitario lombardo privilegia un modello fondato sulla separazione tra soggetti erogatori e soggetti acquirenti delle prestazioni sanitarie, assegnando alle Agenzie di Tutela della Salute (ATS) il compito di individuazione dei fabbisogni e programmazione territoriale e di negoziazione e acquisto delle prestazioni sanitarie e successivamente riconoscendo loro la funzione di controllo e vigilanza delle strutture, coadiuvata dall'Agenzia di Controllo, quale organismo tecnico-scientifico terzo ed indipendente (prevista dall'art. 11) attribuendo invece alle Aziende Socio

⁶¹ Per il voucher in ambito sanitario e socio-sanitario si veda art. 3 comma 6 l.r. 30 dicembre 2009, n. 33 «La Regione nell'ambito degli interventi sociosanitari garantisce la libertà di scelta e riconosce la persona quale destinatario delle azioni e degli interventi, anche sulla base della valutazione multidimensionale personalizzata del bisogno. A tali fini istituisce anche un sistema di buoni e voucher da destinare agli utenti». Per il voucher nell'ambito della formazione istruzione e lavoro si veda l'esperienza della Dote, un complesso di risorse e servizi destinato alle persone per sviluppare il capitale umano, che discende dalle previsioni di cui alla l.r. 28 settembre 2006, n. 22 e l.r. 6 agosto 2007, n. 19. Per la dote e buono scuola nel sistema lombardo di istruzione formazione e lavoro si veda R. Albonetti, L. Violini, *Il principio di sussidiarietà nel sistema lombardo di istruzione, formazione e lavoro: integrazione e innovazione*, in A. Brugnoli, G. Vittadini (a cura di), *La sussidiarietà in Lombardia. I soggetti, le esperienze, le policy*, IReR - Istituto Regionale di Ricerca della Lombardia, Milano, 2008, 52 ss.; P. Trivellato, *Istruzione e formazione: verso un quasi mercato?*, in *ivi*, 74 ss. Per il voucher socio-sanitario si veda U. Fazzone, L. Pesenti, *Il sistema accreditamento-voucher e la riforma del settore socio-sanitario lombardo*, in *ivi*, 88 ss.; G. Fiorentini, *Welfare lombardo, voucher e indicatori di sussidiarietà*, in *ivi*, 97 ss. Per un'analisi sul modello di welfare socio-assistenziale della Regione Lombardia si vedano tra gli altri E. Ferioli, *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, 2003, 234 ss.; S. Frego Luppi, *La sussidiarietà orizzontale nei servizi sociali. Il caso della Regione Lombardia*, in *Dir. econ.*, 2009, 67 ss.; G. Marchetti, *Modelli organizzativi del sistema integrato degli interventi e dei servizi sociali. In particolare: il modello di welfare socio-assistenziale della Regione Lombardia*, in P. Bilancia (a cura di), *Modelli innovativi di governance territoriale*, Milano, 2011, 350 ss.

⁶² Cfr. art. 4 comma 7 l.r. 30 dicembre 2009, n. 33 «Fermo restando il principio della libera scelta da parte del cittadino, le ASL erogano direttamente le prestazioni necessarie per soddisfare i livelli essenziali di assistenza non affidate ai medici di medicina generale e ai pediatri di libera scelta, non acquisite dai soggetti erogatori pubblici o privati accreditati e non altrimenti assicurate da terzi».

Sanitarie Territoriali (ASST) il compito di erogare tali prestazioni in concorso con altri operatori pubblici e privati.

L'obiettivo perseguito mediante tale modello gestionale è quello di realizzare un sistema che faccia leva da un lato sulla libertà di scelta riservata agli utenti, e dall'altro sulla liberalizzazione dell'offerta sanitaria all'interno di una dinamica di libero mercato (o di quasi mercato⁴³) che si fonda sul presupposto della concorrenza amministrata⁴⁴ tra soggetti pubblici e soggetti privati. Detti profili hanno prospettato una netta distinzione tra soggetti erogatori (pubblici e privati) delle prestazioni sanitarie e soggetti pubblici (la Regione a mezzo della Direzione Generale Welfare e con un ruolo centrale in termini di programmazione delle Agenzie di Tutela della Salute) ai quali è riservato una funzione di regolazione⁴⁵. La Regione opera, mediante appositi strumenti operativi, assicurando la garanzia nell'erogazione dei livelli essenziali di assistenza, assolvendo alle funzioni di programmazione, indirizzo e controllo, alla definizione dei requisiti di accreditamento all'elaborazione di sistemi informativi sulla qualità delle strutture ed infine agli indirizzi per l'appropriatezza clinica e organizzativa. A seguito della l.r. n. 23/2015, in particolare all'art. 27-ter, l'innovazione, a livello istituzionale, maggiormente significativa è quella dell'istituzione dell'Assessorato alla salute e politiche sociali Welfare che unifica in unica direzione generale le preesistenti separate deleghe affidate in materia sanitaria e sociale con il deliberato intento di per presidiare le c.d. "funzioni di integrazione dei servizi". Gli enti locali, segnatamente i Comuni partecipano all'assemblea di distretto e a quella degli ambiti territoriali cooperando nella definizione della programmazione sanitaria e socio-sanitaria. Anche con riferimento al coinvolgimento di soggetti afferenti al mondo del volontariato, la legge fissa all'art. 2 comma 1 lett. i) tra i propri principi ispiratori quello della «promozione e sperimentazione di forme di

⁴³ Il modello teorico dei quasi mercati è stato introdotto dopo l'avvio delle iniziative di riforma del *welfare state* da parte del governo britannico, di orientamento conservatore, presieduto da Margaret Thatcher, nei settori particolarmente dell'istruzione, con l'*Education Reform Act* del 1988, e della sanità con il *National Health Service and Community Care Act* del 1990. Sul tema si vedano *Quasi-Markets and Social Policy*, in J. Le Grand, W. Bartlett (a cura di), London, 1993; J. Le Grand, *The other invisible hand. Delivering public services through choice and competition*, Princeton, 2007; In Italia si veda sui quasi mercati nel servizio sanitario S. Neri, *La regolazione dei sistemi sanitari in Italia e Gran Bretagna. Concorrenza, cooperazione, programmazione*, Milano, 2006.

⁴⁴ In tema di concorrenza amministrata si vedano G. France, *La via italiana alla concorrenza amministrata*, in Id. (a cura di), *Politiche sanitarie in un sistema di governo decentrato*, Milano, 1999, 33 ss.; S. Antoniazzi, *Riforma del Titolo Quinto della Costituzione e "Tutela della salute": le prospettive offerte dalle nuove competenze regionali per la materia sanitaria*, cit., 72 ss.

partecipazione e valorizzazione che non devono essere considerate sostitutive di servizi». In questo ambito, ai sensi dell'art. 24 della l.r. n. 33/2009, così come sostituito dalla l.r. n. 23/2015, la Regione favorisce «crescita e sviluppo dei soggetti pubblici e privati, erogatori e non, diretti o indiretti, anche attraverso la definizione di modalità di riconoscimento, rappresentanza, consultazione, collaborazione e controllo». A livello territoriale il sistema sanitario lombardo con la l.r. n. 23/2015 ha istituito due livelli: il primo, ai sensi dell'art. 6, prevede le Agenzie di Tutela della Salute, articolazioni amministrative della Regione, all'interno delle quali vengono istituiti un numero definito di distretti. Tali agenzie attuano la programmazione definita dalla Regione, mediante l'erogazione di prestazioni sanitarie e sociosanitarie tramite i soggetti accreditati e contrattualizzati pubblici e privati⁶⁶. Il secondo livello del sistema sanitario lombardo su base territoriale è rappresentato, ai sensi dell'art. 7, dalle Aziende Socio Sanitarie Territoriali, strutture operative pubbliche della sanità regionale, articolate secondo quanto prevede il comma 4 «(...) in due settori aziendali rispettivamente definiti rete territoriale e polo ospedaliero, che afferiscono direttamente alla direzione generale». Queste ultime come riporta il comma 2 sono «(...) dotate di personalità giuridica di diritto pubblico e di autonomia organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica, concorrono con tutti gli altri soggetti erogatori del sistema, di diritto pubblico e di diritto privato, all'erogazione dei LEA e di eventuali livelli aggiuntivi definiti dalla Regione con risorse proprie, nella logica della presa in carico della persona». Inoltre come dispone il comma 3 le stesse agenzie «(...) garantiscono e valorizzano il pluralismo socioeconomico, riconoscendo il ruolo della famiglia, delle reti sociali, e degli enti del terzo settore, quali componenti essenziali per lo sviluppo e la coesione territoriale e assicurano un pieno coinvolgimento degli stessi nell'erogazione dei servizi e delle prestazioni». In definitiva l'attuale sistema sanitario e socio-sanitario non si regge più dunque, sulle Aziende sanitarie

⁶⁵ Circa i profili relativi ai poteri di regolazione si veda E. Griglio, *L'esperienza della Lombardia. Il ruolo della Regione*, cit., 247 ss.

⁶⁶ In base a quanto prevede l'art. 6 comma 3 l. 40 dicembre 2009, n. 33 le ATS, anche attraverso i distretti, assolvono alle seguenti funzioni: negoziazione e acquisto delle prestazioni sanitarie e sociosanitarie dalle strutture accreditate; attivazione di un «governo del percorso di presa in carico della persona in tutta la rete dei servizi»; presidio dell'assistenza primaria e relativo convenzionamento; programmi di educazione alla salute; sicurezza alimentare; controllo della salute degli ambienti di vita e di lavoro; sanità pubblica veterinaria; monitoraggio della spesa farmaceutica

locali (soppiantate dalle Agenzie) e le Aziende ospedaliere⁶⁴⁷, ma un unico sistema di offerta nel quale effettivamente programmare, organizzare e gestire in modo coordinato e integrato gli interventi sanitari a favore delle persone. Infine l'art. 8 comma 1 dedicato alle strutture sanitarie private accreditate prevede che tali strutture «(...) rientrano nella programmazione e nelle regole del SSL e ne sono parte integrante, concorrono all'erogazione delle prestazioni di cui all'articolo 7, in relazione al proprio assetto giuridico ed amministrativo». Al successivo comma 2 si evince la piena equiparazione con le strutture sanitarie pubbliche delle strutture sanitarie private accreditate «(...) in possesso dei requisiti previsti dalla normativa regionale e in coerenza con la programmazione territoriale del SSL, sottoscrivono con le ATS competenti per le prestazioni previste dalla programmazione di cui al comma 1 contratti analoghi a quelli previsti per le ASST di cui all'articolo 7, assumendo e rispettando i medesimi diritti e doveri, ove applicabili, previsti per le strutture pubbliche (...)». Le medesime disposizioni ai sensi del comma 3, valgono anche per le strutture private sociali «(...) ai fini dell'integrazione dell'attività sociale con le attività sanitarie e sociosanitarie».

I riferimenti normativi che disciplinano il sistema sanitario toscano sono individuati dalla l.r. 23 febbraio 2005, n. 40 (Disciplina del servizio sanitario regionale) così come modificata nello scorso decennio e da ultimo dalla l.r. 28 dicembre 2015, n. 84. Anche la Toscana annovera tra i principi cardine sin dall'originaria formulazione la «(...) sussidiarietà orizzontale e valorizzazione delle formazioni sociali, in particolare di quelle che operano nel Terzo settore»⁶⁴⁸ nonché seguito della riforma del 2008 la «(...) partecipazione delle parti sociali agli atti della programmazione sanitaria e sociale integrata»⁶⁴⁹. Con ciò interpretando il principio di sussidiarietà valido, non soltanto sotto il profilo dell'erogazione delle prestazioni sanitarie, ma anche nella fase di programmazione in ragione della riconosciuta centralità di tale fase peculiare

⁶⁴⁷ Anche se in base a quanto prevede l'art. 7 comma 18 l. 11 agosto 2015, n. 23 «La Regione può istituire nuove aziende ospedaliere, secondo i requisiti previsti dalla normativa vigente».

⁶⁴⁸ Cfr. art. 3 comma 1 lett. f) l.r. 24 febbraio 2005, n. 40

⁶⁴⁹ Cfr. art. 3 comma 1 l.r. 10 novembre 2008, n. 60 che ha modificato l'art. 3 comma 1 lett. g) l.r. 24 febbraio 2005, n. 40. Con riferimento ai principi ispiratori dell'azione legislativa regionale risulta evidente, come ha sostenuto M. Dugato, *Gli organi di governo e gestione dell'offerta pubblica a livello territoriale*, in G. Cerrina Feroni, M. Livi Bacci, A. Petretto (a cura di), *Pubblico e privato nel sistema di welfare*, Fondazione CESIFIN Alberto Predieri, Firenze, 2017, 49 «che il legislatore ha espressamente orientato il proprio ordinamento verso le nuove esigenze della salute, sostanzialmente confermando il modello precedente, della centralità dell'azienda, e recuperando il momento partecipativo locale su due strutture: la zona distretto e la società della salute».

nell'organizzazione del sistema sanitario regionale integrato⁶⁵⁰. Per meglio configurare il modello toscano⁶⁵¹ è opportuno richiamare le previsioni di cui agli artt. 34 e 34-bis⁶⁵² della l.r. n. 40/2005 e s.m.i. che regolano i rapporti tra strutture sanitarie pubbliche e operatori privati che operano in regime *profit*. In base alla prima disposizione, previa sperimentazione, le aziende sanitarie pubbliche possono costituire iniziative societarie con soggetti privati nel rispetto degli indirizzi di programmazione regionale sanitaria e sociale integrata. Ai sensi della seconda disposizione invece le medesime aziende sanitarie pubbliche possono attivare convenzioni con soggetti privati anch'esse nel rispetto degli indirizzi di programmazione regionale. L'architettura normativa di riferimento, rimasta immutata nel susseguirsi di interventi normativi del legislatore regionale, che descrive il rapporto tra pubblico e privato a livello sanitario, è quella dell'art. 76 che attribuisce alle aziende sanitarie pubbliche il compito di individuare in base a criteri definiti dalla programmazione regionale sanitaria e sociale integrata «(...) le istituzioni sanitarie private che esercitano ruoli di integrazione delle strutture pubbliche al fine di concorrere all'erogazione delle prestazioni necessarie al conseguimento dei livelli di assistenza definiti dalla programmazione regionale». La Giunta regionale ha il compito di determinare le tariffe massime previste per ciascuna prestazione sanitaria ed il perfezionamento del rapporto risulta assoggettato alla negoziazione tra azienda sanitaria pubblica e soggetto privato in riferimento alle predette tariffe. Più sviluppata e complessa è invece la normativa dedicata al rapporto tra strutture sanitarie pubbliche e soggetti operanti nel settore *no profit* a conferma della peculiarità e strategicità di tale relazione. Innanzitutto è d'obbligo richiamare la previsione di cui all'art. 15 della l.r. n. 40/2005 e s.m.i. che assegna alla Regione, alle aziende unità sanitarie locali e alle società della salute un ruolo primario teso ad assicurare la partecipazione degli utenti delle organizzazioni sindacali, quelle di volontariato, quelle di tutela e di promozione sociale, quelle di cooperazione sociale e di altri soggetti del terzo settore, al

⁶⁵⁰ Sulla centralità della fase di programmazione delle politiche sanitarie pubbliche anche con riferimento a quelle in Toscana si veda M. Campedelli, *La programmazione come chiave interpretativa delle politiche pubbliche di welfare. Il caso della Toscana*, in M. Campedelli, P. Carozza, E. Rossi (a cura di), *Il nuovo welfare toscano: un modello? La sanità che cambia e le prospettive future*, Bologna, 2009, 93 ss.

⁶⁵¹ Si veda *Il nuovo welfare toscano: un modello? La sanità che cambia e le prospettive future*, M. Campedelli, P. Carozza, E. Rossi (a cura di), Bologna, 2009; *Pubblico e privato nel sistema di welfare*, in G. Cerrina Feroni, M. Livi Bacci, A. Petretto (a cura di), Fondazione CESIFIN Alberto Predieri, Firenze, 2017.

⁶⁵² Si veda nota 623.

processo di programmazione regionale socio-sanitaria integrata. Tale coinvolgimento, mediante consultazione dei soggetti del Terzo settore variamente definiti, è parimenti d'obbligo anche ai sensi dell'art. 21 in materia di elaborazione del Piano integrato di salute (PIS) da adottare a livello zonale⁶³. Passando dalla programmazione all'erogazione dei servizi sanitari l'art. 17 si riferisce al rapporto tra il servizio sanitario regionale tre attori fondamentali del Terzo settore, ovvero le organizzazioni di volontariato, le associazioni di promozione sociale ed infine le cooperative sociali, differenziandone in apparenza il regime in termini di rapporto giuridico. I rapporti tra il servizio sanitario regionale e le associazioni di volontariato, infatti, si regge su rapporti di carattere convenzionale in conformità a quanto dispongono le normative in materia sanitaria nazionali e regionali, anche se il ricorso a tale strumento convenzionale ha subito i rilievi critici da parte della Corte di Giustizia UE⁶⁴ in materia di tutela della concorrenza, atteso che anche un'associazione di volontariato deve essere considerata un operatore economico, allorché essa sia potenzialmente in grado di svolgere attività di tipo economico apprezzabile, in regime di concorrenza con

⁶³ A livello di Zona-distretto è prevista, ai sensi dell'art. 64-ter la costituzione di un comitato di partecipazione degli utenti formato da componenti designati dalle associazioni del Terzo settore avente compiti propositivi e consultivi rispetto all'adozione degli atti di programmazione e di governo.

⁶⁴ C. giust. UE, Sez. V, 25 ottobre 2001, C-475/99; C. giust. UE, Sez. III, 29 novembre 2007, C-119/2006 che rigettando il ricorso presentato dalla Commissione Europea contro la Regione Toscana e le Unità sanitarie locali nonché le Aziende ospedaliere della medesima regione per avere queste ultime concluso accordi con talune organizzazioni di volontariato ai fini dell'affidamento di servizi di trasporto sanitario, concludeva per l'assoggettamento di tali organizzazioni, in quanto operatori economici, alle procedure ad evidenza pubblica previste dalla normativa europea in materia di affidamento dei servizi. Si veda nota di A. Albanese, *L'affidamento dei servizi socio-sanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Corte di Giustizia manda un monito agli enti pubblici italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1453 ss.; M. Mattalia, *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario*, in *Foro. amm.*, CDS, 2008, 1984 ss. In senso analogo per quanto attiene alla giurisprudenza amministrativa nazionale si veda TAR Piemonte, sez. I, 9 aprile 2009, n. 985 per il quale l'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario ad una organizzazione di volontariato risulta in palese contrasto con i principi comunitari in materia di concorrenza. Sempre sul tema si veda P. De Angelis, *I sistemi di affidamento dei servizi*, in C. Bottari (a cura di), *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, Torino, 2013, 64 ss. In senso contrario C. giust. UE, Sez. V, 11 dicembre 2014, C-113/13 secondo cui, non si pone in contrasto con gli articoli 49 e 56 TFUE una normativa (l.r. 7 dicembre 2006, n. 41 e s.m.i. in materia di riordino del servizio sanitario regionale) in base alla quale la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza debba essere attribuita in via prioritaria e con affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi pubblicità, alle associazioni di volontariato convenzionate, purché l'ambito normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni stesse contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detta disciplina è basata. Si veda da ultimo Cons. St., Sez. III, 26 giugno 2015, n. 3208 secondo cui il ricorso in via prioritaria alle associazioni di volontariato configura una modalità di organizzazione del servizio idonea a garantire sia il perseguimento degli obiettivi di solidarietà sociale sia quelli di efficienza economica. Si veda nota di P. De Angelis, *L'affidamento senza gara del servizio di trasporto sanitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 249 ss.

altri soggetti all'interno di un mercato. Per le associazioni di promozione sociale e per le cooperative sociali il comma 2 dell'art. 17 stabilisce che esse «(...) concorrono, nell'ambito delle loro competenze e con gli strumenti di cui alle leggi vigenti leggi regionali, alla realizzazione delle finalità del servizio sanitario regionale e alle attività di assistenza sociale». La legge afferma un rapporto di concorrenza in chiave compartecipativa all'erogazioni dei servizi sanitari per tali organizzazioni del Terzo settore, e rinvia alle singole normative dedicate a ciascuna fattispecie del Terzo settore per regolare il rapporto con il servizio sanitario regionale, le quali individuano la convezione quale strumento regolatorio del rapporto⁶⁵.

E' significativo in questa sede richiamare l'esperienza della citata Società della salute che costituisce una peculiarità organizzativa propria della legislazione regionale sanitaria e socio-sanitaria toscana, che si fonda sulla prospettiva dell'integrazione sia tra pubblico e privato sia tra politiche sanitarie e politiche sociali. La disciplina della Società della salute è stata introdotta dalla l.r. 10 novembre 2008, n. 60 che modificava la l.r. n. 40/2005 (inserendo il Capo III-*bis* al Titolo V). All'art. 71-*bis* comma 2 si prevede che la Società delle salute, «(...) è costituita in forma di consorzio, ai sensi della vigente normativa in materia di enti locali, tra l'azienda unità sanitaria locale ed i comuni per l'esercizio delle attività sanitarie territoriali, socio-sanitarie e sociali integrate». Tale ente, ai sensi del successivo comma 3 svolge funzioni in materia di indirizzo e programmazione strategica delle attività di cui al livello essenziale di assistenza territoriale, organizzazione e gestione delle attività socio- sanitarie ad alta integrazione sanitaria, di altre prestazioni sanitarie a rilevanza sociale e di assistenza sociale, infine di controllo, monitoraggio e valutazione in rapporto agli obiettivi programmati. Al comma 8 viene previsto che le Società della salute assicura nello svolgimento delle proprie funzioni, «(...) il coinvolgimento delle comunità locali, delle parti sociali e del Terzo settore nell'individuazione dei bisogni di salute e nel processo di programmazione». L'art. 71-*ter* assegna il governo della domanda alla Società della salute che ai sensi del comma 2 «(...) esercita il governo dell'offerta di servizi sociali, sanitari e socio-sanitari territoriali e della domanda complessivamente espressa nel territorio (...)». Il processo di integrazione ha ingenerato prima nella prassi amministrativa e successivamente nella legislazione

⁶⁵ Cfr. art. 13 legge 11 marzo 2002, n. 42; art. 11 l.r. 24 novembre 1997, n. 87.

toscana l'idea di dare avvio alle Società della salute proprio quale strumento di sintesi di processi di integrazione «(...) per consentire la piena integrazione delle attività sanitarie e sociosanitarie e per assicurare il governo dei servizi territoriali e le soluzioni organizzative adeguate per garantire la presa in carico integrata del bisogno sanitario e sociale e la continuità del percorso diagnostico, terapeutico e assistenziale»⁶⁵⁶.

Emerge con chiarezza l'intento del legislatore toscano, ovvero quello da un lato di applicare il principio di sussidiarietà nella sua accezione orizzontale, con il coinvolgimento e la partecipazione attiva del tessuto sociale, associativo, solidale del Terzo settore atto a «rivitalizzare un esangue pluralismo istituzionale-territoriale, valorizzando le istituzioni più prossime al cittadino»⁶⁵⁷. Dall'altro lato lo stesso legislatore regionale ha preferito assegnare un ruolo forte di regia al soggetto pubblico non solo nella *governance* (programmazione, progettazione, accreditamento e autorizzazione) ma anche nell'erogazione e nell'offerta dei servizi di assistenza sanitaria. In quest'ultimo fattore, emerge il tratto caratteristico del modello toscano, che si differenzia dal modello lombardo imperniato, invece, «sull'assunzione da parte della regione di compiti puramente regolativi delle modalità di accesso ai servizi, cosicché i cittadini sono liberi di accedere a servizi prodotti sia dal pubblico che da soggetti privati, in concorrenza tra loro»⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶ E. Vivaldi, E. Stradella, *L'integrazione socio-sanitaria*, in M. Campedelli, P. Carozza, E. Rossi (a cura di), *Il nuovo welfare toscano: un modello? La sanità che cambia e le prospettive future*, Bologna, 2009, 78 ss. I processi integrativi dovrebbero sostenersi come ha ricordato E. Rossi, *Pubblico e Privato nel sistema socio-sanitario toscano*, in G. Cerrina Feroni, M. Livi Bacci, A. Petretto (a cura di), *Pubblico e privato nel sistema di welfare*, Fondazione CESIFIN Alberto Predieri, Firenze, 2017, 173 attraverso modalità di azione delle Società della salute che coinvolgano le comunità locali, le parti sociali e gli attori del Terzo settore, per l'individuazione dei bisogni sanitari e per la realizzazione della programmazione, tuttavia, tale modello non ha incontrato adeguato sviluppo in termini di attuazione che ha condotto le Società della salute a non intraprendere nuove forme di partecipazione, come si poteva pensare all'inizio della sperimentazioni di tali modelli. Sui profili d'innovatività delle società salute si veda M. Dugato, *Gli organi di governo e gestione dell'offerta pubblica a livello territoriale*, cit., 50-51 secondo il quale essa «(...) crea una partecipazione più interna rispetto alla conferenza dei sindaci e la conferenza di partecipazione esterna della zona distretto: le società della salute si occupano di riaggregare realtà in un contesto unitario, realtà che esistevano anche prima ma si parlavano esternamente, cioè attraverso meccanismi non interni e partecipativi di codecisione, ma di relazione (...)».

⁶⁵⁷ S. Gambino, *Crisi economica e diritti sociali (con particolare riguardo al diritto alla salute, all'assistenza sociale e all'istruzione)*, in Id. (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015, 79.

⁶⁵⁸ P. Carozza, *Il welfare sanitario e assistenziale toscano come modello*, in M. Campedelli, P. Carozza, E. Rossi (a cura di), *Il nuovo welfare toscano: un modello? La sanità che cambia e le prospettive future*, Bologna, 2009, 381.

CAPITOLO IV

Il contratto di sponsorizzazione ed il partenariato pubblico-privato nel settore dei beni culturali tra società di cultura e fondazioni culturali.

4.1. Il contratto di sponsorizzazione e le forme speciali di PPP nei beni culturali alla luce della disciplina dei contratti pubblici.

La collaborazione pubblico-privato e le esperienze di partenariato, nei tempi recenti hanno conosciuto una ripresa rinnovata, anche alla luce dell'importanza acquisita dalle sponsorizzazioni⁶⁹, soprattutto ma non soltanto in ambito culturale. Questi strumenti, infatti, garantiscono una forma d'interazione proficua ed assicurano una modalità di rapporto sinergico nelle relazioni con i soggetti privati, in un quadro generale della pubblica amministrazione gravato dall'assoggettamento a stringenti vincoli di finanza pubblica, in cui l'amministrazione riveste perlopiù il ruolo di attore passivo sponsorizzato (*sponsee*) ed i soggetti privati invece ricoprono quello di attori attivi, sponsorizzatori (*sponsor*)⁷⁰. La crescente attenzione per tale fattispecie

⁶⁹ Sul contratto di sponsorizzazione in dottrina civilistica si vedano tra gli altri M. V. De Giorgi, *Sponsorizzazione e mecenatismo*, Padova, 1988; C. Verde, *Il contratto di sponsorizzazione*, Napoli, 1989; M. Bianca, *I contratti di sponsorizzazione*, Rimini, 1990, 20; A. Frignani, *La sponsorizzazione*, Torino, 1993; M. Bianca, *Sponsorizzazione*, in *D. disc. priv., sez. comm.*, XV, Torino, 1998, 134 ss.; V. Amato, *Sponsorizzazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, 1; G. Cottino, O. Cagnasso, *Contratti commerciali. Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, 2009, 6; Sulle sponsorizzazioni pubbliche si vedano tra tutti G. Piperata, *Sponsorizzazioni e appalti pubblici degli enti locali*, in *Riv. trim. appalti*, 2002; 67 ss.; R. Dipace, *La sponsorizzazione*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, 2007, II, 1193 ss.; A. D. Mazzilli, G. Mari, R. Chieppa, *I contratti di sponsorizzazione*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Milano, 2008, 460 ss.; M. Renna, *Le sponsorizzazioni*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, 521 ss.; V. Giomi, *La complessa figura delle sponsorizzazioni nel settore pubblico*, in A. Fioritto (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico-privato*, Torino, 2017, 297 ss.

⁷⁰ A fronte di una valutazione generalmente positiva per l'ingresso nel nostro ordinamento giuridico del contratto di sponsorizzazione, parte della dottrina (cfr. S. Valaguzza, *Le sponsorizzazioni pubbliche: le insidie della rottura del binomio tra soggetto e oggetto pubblico e la rilevanza del diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1402 ss.) ha, invece, prospettato nell'avvento del contratto di sponsorizzazione l'insidia della rottura del binomio tra soggetto e oggetto pubblico, che diventerebbe un trinomio con l'ingresso del soggetto sponsorizzatore privato, condizionando in modo fuorviante il perseguimento degli interessi pubblici. Ciò considerando peraltro che la procedura di selezione ad evidenza pubblica finalizzata alla scelta dello sponsor privato, non sarebbe sufficiente a risolvere il contrasto tra interessi privati propri del

contrattuale è stata, da un lato dettata dal sempre più frequente ricorso da parte delle pubbliche amministrazioni, come accennato per ragioni essenzialmente di contenimento della spesa pubblica e dall'altro, dal corrispondente interesse delle imprese, le quali hanno ritenuto la sponsorizzazione un mezzo utile al fine di accreditare un determinato prodotto, un marchio finanche la ditta e più in generale, per implementare le proprie strategie di politica commerciale⁶⁶¹. Una parte della dottrina ha segnalato che, la sponsorizzazione sorgerebbe sul presupposto della debolezza del soggetto pubblico, il quale non sarebbe in grado di perseguire autonomamente per mancanza di risorse economico-finanziarie i propri obiettivi di sviluppo, con ciò introducendo un concetto caro al diritto civile che riguarda la forza contrattuale e l'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni di entrambi le parti contraente dinnanzi al negozio giuridico e nel caso della sponsorizzazione vede un *favor* per le prerogative contrattuali vantate dal soggetto sponsorizzatore⁶⁶².

E' frequente ritrovare l'enunciazione condivisa dalla dottrina⁶⁶³ e dalla giurisprudenza⁶⁶⁴, prevalenti della definizione della sponsorizzazione, intesa quale

soggetto sponsorizzatore e interessi pubblici propri del soggetto sponsorizzato se questo è rappresentato dall'amministrazione pubblica, in quanto il problema risiede nell'esigenza di escogitare adeguate protezioni giuridiche che possano tutelare l'amministrazione pubblica.

⁶⁶¹ R. Cavallo Perin, G. M. Racca, *Caratteri ed elementi essenziali nelle sponsorizzazioni con le pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2013, 583

⁶⁶² S. Valaguzza, *Le sponsorizzazioni pubbliche: le insidie della rottura del binomio tra soggetto e oggetto pubblico e la rilevanza del diritto interno*, cit., 1383 ss. che ricorda come il nostro ordinamento «(...) riconosce un preciso rilievo giuridico alla posizione in partenza svantaggiata di uno dei contraenti, quando essa finisca per alterare, in maniera significativa e qualificata, l'equilibrio sinallagmatico: nella parte del codice civile dedicata ai contratti in generale, l'art. 1448 protegge con l'azione di rescissione per lesione chi sia stato indotto a contrarre da una parte che, in ragione dello stato di bisogno dell'altra, ne approfitta, determinando nel contratto una sproporzione ingiustificata tra le prestazioni». L'A. rileva altresì che «Questo argomento va tenuto presente nel discutere delle sponsorizzazioni pubbliche, se non altro per la *ratio* che ad esso è sottesa, che potrebbe venire in rilievo ove il contratto di sponsorizzazione riproduca accordi che diano diritti allo *sponsor* sproporzionati appunto al vantaggio economico che l'apporto di quest'ultimo genera per l'amministrazione».

⁶⁶³ Cfr. M. Bianca, *I contratti di sponsorizzazione*, Rimini, 1990, 20; A. Frignani, *La sponsorizzazione*, Torino, 1993; M. Bianca, *Sponsorizzazione*, in *D. disc. priv., sez. comm.*, XV, Torino, 1998, 134 ss.; V. Amato, *Sponsorizzazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, 1; G. Cottino, O. Cagnasso, *Contratti commerciali. Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, 2009, 6;

⁶⁶⁴ Cfr. Cass. civ., 11 ottobre 1997, n. 9880 in cui viene asserito che la sponsorizzazione «(...) comprende una serie di ipotesi nelle quali si ha che un soggetto si obbliga a consentire ad altri l'uso della propria immagine pubblica e del proprio nome, per promuovere un marchio o un prodotto specificamente marcato, dietro corrispettivo; tale uso dell'immagine pubblica può prevedere anche che lo sponsee tenga anche determinati comportamenti di testimonianza in favore del marchio o del prodotto oggetto delle veicolazione commerciale»; L'arresto giurisprudenziale è significativo anche perché connota in senso patrimoniale le prestazioni dello sponsee affermando che «(...) l'obbligazione assunta dallo sponsorizzato ha piena natura patrimoniale ai sensi dell'art. 1174 c.c. e corrisponde all'affermarsi, nel costume sociale, della commercializzazione del nome e

contratto atipico⁶⁵, a forma libera, di natura patrimoniale, a prestazioni corrispettive (nello schema tipico del *do ut facias*⁶⁶), in forza del quale un soggetto sponsorizzato (*sponsee*) a fronte di un corrispettivo, solitamente rappresentato da somme di denaro, si obbliga nei confronti di un altro soggetto sponsorizzatore (*sponsor*) a fare, non fare, consentire comportamenti che attribuiscono a quest'ultimo la possibilità di sfruttare l'autorevolezza e la reputazione del primo, al fine di conseguire un accrescimento positivo, per lo *sponsor* in termini di conoscenza tra la collettività. Il ruolo che assume il soggetto *sponsee* pubblica amministrazione, configura un'obbligazione di mezzi, e non di risultato, perché essa non è tenuta ad assicurare al soggetto privato *sponsor* la certezza di un positivo riscontro in termini di pubblicità, commerciali e di visibilità-immagine⁶⁷. Le sponsorizzazioni, che vedono coinvolto un soggetto pubblico possono essere passive o attive. Ricorre la prima ipotesi, se il soggetto pubblico medesimo assume la veste di soggetto sponsorizzato (*sponsee*) ricevendo un corrispettivo usualmente consistente in una somma di denaro o in altra controprestazione, in cambio dell'accreditamento del soggetto privato che svolge la funzione di sponsorizzatore (*sponsor*) e dunque avvalendosi della sponsorizzazione quale forma indiretta di finanziamento. Ricorre viceversa la seconda ipotesi se la pubblica amministrazione assume il ruolo di soggetto *sponsor* che finanzia un soggetto terzo nelle vesti di *sponsee*. Le sponsorizzazioni c.d. passive a dispetto dell'aggettivo che le qualifica, sono considerate sotto il profilo giuscontabile pubblicistico, contratti attivi della pubblica amministrazione⁶⁸, perché escludono

dell'immagine personali». Si vedano anche Cass. civ. 13 dicembre 1999, n. 13931; Cons. St., Sez. VI, 4 dicembre 2001, n. 6073.

⁶⁵ Sull'atipicità del contratto di sponsorizzazione si veda M. Renna, *Le sponsorizzazioni*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011, 529-530 secondo il quale l'introduzione nel Codice dei contratti pubblici di una norma relativa al contratto di sponsorizzazione «(...) non sembra certo poter valere a trasformare il contratto di sponsorizzazione da contratto atipico a contratto tipico» infatti si è registrata l'assenza anche nelle previsioni dello stesso Codice l'assenza di una definizione del contratto di sponsorizzazione, e pertanto «Il contratto di sponsorizzazione resta, dunque, un contratto atipico, nel quale possono essere dedotte prestazioni variegiate, non solo sul versante dello *sponsor* ma anche su quello del soggetto sponsorizzato.

⁶⁶ Cfr. A.M. Gambino, *I contratti di pubblicità e sponsorizzazione*, Torino, 2012, 55.

⁶⁷ Sul punto si veda Cass., Sez. III, 8 aprile 2014, n. 8153 secondo cui devono essere tenuti in considerazione e assumono rilevanza, tutti i comportamenti dello *sponsee* tali da pregiudicare la posizione o l'immagine sul mercato dello *sponsor*, e che l'astratta rilevanza di tali condotte dev'essere dedotta in giudizio da quest'ultimo sul quale grava l'onere della prova.

⁶⁸ Sulla qualifica della sponsorizzazione c.d. passiva quale contratto attivo per la pubblica amministrazione si è interrogata la dottrina (cfr. S. Valaguzza, *Le sponsorizzazioni pubbliche: le insidie della rottura del binomio tra soggetto e oggetto pubblico e la rilevanza del diritto interno*, cit., 1395 ss.) che ha richiamato all'attenzione una sentenza della C. Conti sez. giur. 10 settembre 2010, n. 1742, la quale, chiamata a dirimere una controversia in ordine ad una campagna

una spesa per il soggetto pubblico e quindi risultano assoggettate alla normativa che riguarda la contabilità di Stato del 1923 di cui al r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 ed al relativo regolamento attuativo. Inizialmente l'ordinamento ammetteva entrambe le tipologie di sponsorizzazione, tuttavia il ricorso da parte delle pubbliche amministrazioni ai contratti di sponsorizzazione c.d. attiva in cui le stesse assumono la veste di *sponsor*, sono stati prima sensibilmente ridotti e poi vietati espressamente da precise disposizioni legislative, emanate con evidenti finalità di razionalizzazione della spesa pubblica per le amministrazioni pubbliche⁶⁹. Dall'inquadramento giuridico di tale fattispecie contrattuale, è possibile evincere che gli atti di sponsorizzazione possono assumere una duplice forma: da un lato infatti esse possono consistere in pagamento di somme di denaro corrisposte dal soggetto sponsorizzatore a quello sponsorizzato (c.d. sponsorizzazione pura) oppure i medesimi possono concretarsi in realizzazione di lavori, servizi e forniture di beni da parte dello *sponsor* verso lo *sponsee* (c.d. sponsorizzazione tecnica).

promozionale indetta dalla Lavazza per un concorso a premi destinato a studenti delle scuole, in cui l'azienda aveva associato il proprio nome e logo a quello del Ministero dell'Istruzione, aveva affermato la propria competenza a verificare l'eventuale sussistenza di un danno erariale per i casi in cui si configuri una sproporzione tra obblighi assunti dallo *sponsor* privato in favore dell'amministrazione pubblica ed il ritorno d'immagine positiva atteso per lo stesso sponsor. La dottrina rilevava pertanto la difficoltà di «(...) individuare dei criteri di buona amministrazione per calcolare quale possa essere il "valore", in una determinata iniziativa sponsorizzata, del nome e dell'immagine del soggetto pubblico» e pertanto «(...) l'amministrazione non potrà chiedere il danno alla propria immagine o agire per danno erariale nei confronti di chi abbia stipulato il contratto supponendo una sproporzione tra i vantaggi connessi all'uso privato della propria immagine in relazione ad un contratto di sponsorizzazione ove l'operazione si riveli molto remunerativa per lo sponsor». Sulla difficoltà di ricercare l'equilibrio contrattuale nella sponsorizzazione si veda anche R. Cavallo Perin, G. M. Racca, *Caratteri ed elementi essenziali nelle sponsorizzazioni con le pubbliche amministrazioni*, cit., 601 ss. secondo cui «La valutazione dell'equilibrio contrattuale tra le prestazioni può risultare complessa e richiede specifiche analisi economiche per le quali ancora le amministrazioni pubbliche, a differenza dei privati, non risultano strutturate».

⁶⁹ Cfr. art. 61, comma 6, d.l. 25 luglio 2008, n. 112 convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n. 133 «A decorrere dall'anno 2009 le amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 5 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311, non possono effettuare spese per sponsorizzazioni per un ammontare superiore al 30 per cento della spesa sostenuta nell'anno 2007 per la medesima finalità». Cfr. art. 6 comma 9 d.l. 31 maggio 2010, n. 78 convertito con modificazioni dalla l. 30 luglio 2010, n. 122 «A decorrere dall'anno 2011 le amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 3 dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, incluse le autorità indipendenti, non possono effettuare spese per sponsorizzazioni». Sul divieto di sponsorizzazioni attive si vedano le considerazioni di V. Giomi, *La complessa figura delle sponsorizzazioni nel settore pubblico*, cit., 315 ss. che si interroga se tali contratti costituiscano un reale vincolo per le amministrazioni pubbliche oppure non siano piuttosto un indiretto rafforzamento dell'impiego dell'istituto della sponsorizzazione per conseguire risparmi di spesa.

Come ha rilevato la dottrina⁶⁰, il recepimento legislativo del contratto di sponsorizzazione è conseguente alla diffusione di tale contratto, che, infatti, prima di trovare una sistematizzazione formale in termini di disciplina all'interno del vecchio Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) all'art. 26⁶¹, aveva trovato spazio attraverso la prassi amministrativa che abilitava le amministrazioni pubbliche a stipulare contratti dal contenuto variamente definito. Solo successivamente sono intervenute precise previsioni normative di settore⁶² le

⁶⁰ Cfr. A. D. Mazzilli, G. Mari, R. Chieppa, *I contratti di sponsorizzazione*, cit., 466 che hanno sottolineato come l'emersione tardiva del contratto di sponsorizzazione nel panorama legislativo italiano sia dipesa in larga parte dalla titubanza «nel riconoscere piena capacità di diritto privato alle pubbliche amministrazioni e nell'ammettere l'utilizzo anche di contratti atipici».

⁶¹ L'art. 26 comma 1 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 prevedeva che «Ai contratti di sponsorizzazione e ai contratti a questi assimilabili, di cui siano parte un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore e uno sponsor che non sia un'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore, aventi ad oggetto i lavori di cui all'allegato I, nonché gli interventi di restauro e manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici sottoposti a tutela ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, ovvero i servizi di cui all'allegato II, ovvero le forniture disciplinate dal presente codice, quando i lavori, i servizi, le forniture sono acquisiti o realizzati a cura e a spese dello sponsor per importi superiori a quarantamila euro, si applicano i principi del Trattato per la scelta dello sponsor nonché le disposizioni in materia di requisiti di qualificazione dei progettisti e degli esecutori del contratto» mentre il successivo comma 2 disponeva che «L'amministrazione aggiudicatrice o altro ente aggiudicatore beneficiario delle opere, dei lavori, dei servizi, delle forniture, impartisce le prescrizioni opportune in ordine alla progettazione, nonché alla direzione ed esecuzione del contratto», infine il comma 2-bis sottoponeva i contratti di sponsorizzazione di lavori, servizi e forniture aventi ad oggetto beni culturali a quanto disponeva l'art. 199-bis. Con riferimento al contratto di sponsorizzazione di cui all'art. 26 l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (AVCP) ora Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ha ribadito che il tale contratto è un negozio a prestazioni corrispettive, mediante il quale l'ente pubblico, offre ad un terzo, che si obbliga a pagare un determinato corrispettivo, la possibilità di pubblicizzare nome, logo, marchio o prodotti (cfr. AVCP, 6 novembre 2008, n. 48).

⁶² Si fa riferimento all'art. 8 comma 12 l. 6 agosto 1990, n. 223, c.d. Legge Mammi, recante «Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato» che qualificava la sponsorizzazione come «(...) ogni contributo di un'impresa pubblica o privata, non impegnata in attività televisive o radiofoniche o di produzione di opere audiovisive o radiofoniche, al finanziamento di programmi, allo scopo di promuovere il suo nome, il suo marchio, la sua immagine, le sue attività o i suoi prodotti». Successivamente l'art. 43 l. 27 dicembre 1997, n. 449 c.d. Legge Finanziaria 1998, prevedeva la possibilità le pubbliche amministrazioni di concludere contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione con soggetti privati ed associazioni senza scopo lucro ai fini del conseguimento di una migliore qualità dei servizi, il perseguimento di maggiori economie ed infine l'innovazione dell'amministrazione pubblica. Affinché si potesse ricorrere a tale fattispecie contrattuale la norma richiedeva un triplice requisito consistente nel fatto che tali contratti devono essere preordinati al perseguimento di interessi pubblici, devono parimenti escludere ogni tipo di conflitto d'interesse tra attività pubblica e attività privata ed infine devono consentire risparmi in termini di spesa per le amministrazioni pubbliche medesime. Pertanto quest'ultima disposizione trovava applicazione limitatamente alle c.d. sponsorizzazioni passive, ovvero in cui l'amministrazione pubblica è il soggetto sponsorizzato ed il soggetto quello sponsorizzatore. Tale norma è stata poi trasposta anche nell'ambito della legislazione circa l'ordinamento degli enti locali con l'art. 119 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo Unico Enti Locali) che abilita i comuni, le province e gli altri enti locali a stipulare «(...) contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione, nonché convenzioni con soggetti pubblici o privati diretti a fornire consulenze o servizi aggiuntivi». In ambito culturale sono state poi adottate normative a livello nazionale specifiche in ordine al c.d. mecenatismo culturale di cui all'art. 38 l. 21 novembre 2000, n. 342 e altre norme di settore adottate a livello di legislazioni regionali. Un altro esempio di norma settoriale che ha promosso le sponsorizzazioni è quella dell'art. 41 del regolamento recante

quali, ancorché caratterizzate da un sufficiente tasso di frammentarietà, non hanno permesso una ricostruzione in chiave unitaria del contratto di sponsorizzazione in particolare sotto il profilo dell'applicabilità delle norme inerenti le medesime in rapporto al diritto amministrativo (valga per tutte l'annosa questione dell'*an* circa la sottoposizione delle sponsorizzazioni passive alle norme dell'evidenza pubblica finalizzate alla scelta del soggetto privato contraente)⁶⁷³. La disciplina di cui all'art. 26 del vecchio Codice riguardava esclusivamente, infatti, le sponsorizzazioni c.d. passive, sotto il profilo del ruolo che assumeva il soggetto pubblico, e c.d. tecniche, sotto il profilo invece dell'oggetto della sponsorizzazione consistente in lavori, servizi, e forniture. Con ciò, rimandando per quanto attiene all'*iter* procedurale di affidamento, al successivo art. 27 valido per tutti i contratti esclusi, che contemplava il rispetto dei principi del Trattato istitutivo della Comunità europea, oggi confluiti nel Trattato sull'Unione Europea (TUE) e nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). Tali principi sono l'economicità, l'efficacia, l'imparzialità, la parità di trattamento, la trasparenza e la proporzionalità, cui dovevano conformarsi le procedure finalizzate alla selezione dello *sponsor* privato. Inoltre la medesima disposizione faceva precedere l'affidamento da una procedura più informale e semplificata, consistente nell'invito ad almeno cinque concorrenti in quanto compatibile con l'oggetto del contratto medesimo, attesa l'esclusione almeno in parte dalle prescrizioni restrittive e prescrittive del codice medesimo in materia di affidamento di contratti pubblici.

Tralasciando la trattazione relativa alle sponsorizzazioni nell'ambito dei beni culturali previste all'art. 120 del Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, così come modificato dall'art. 2 comma 1 del d.lgs. 26 marzo 2008, n. 62, per le quali si rinvia ai paragrafi successivi (v. *infra* par. 4.3), occorre in questa sede porre l'attenzione sulla disciplina concernente i contratti di sponsorizzazione, approntata dall'art. 19 del Codice dei contratti pubblici e delle concessioni di cui al d.lgs. n. 50/2016, che ha sostituito la

“Istruzioni generali sulla gestione amministrativo-contabile delle istituzioni scolastiche” approvato con il decreto interministeriale 1 febbraio 2014, n. 44 in base al quale le istituzioni scolastiche possono stipulare contratti oppure accordi di sponsorizzazione con soggetti sia pubblici sia privati stabilendo che nella selezione degli *sponsor*, venga accordata la preferenza a soggetti i quali a causa di finalità statutarie, abbiano in concreto dimostrato attenzione particolare e sensibilità a riguardo dei problemi dell'infanzia e della adolescenza ponendo peraltro il divieto a contrattare con quei soggetti che perseguono finalità e attività in contrasto anche di fatto con la funzione educativa e culturale della scuola.

⁶⁷³ M. Renna, *Le sponsorizzazioni*, cit., 521-522.

precedente previsione inerente la disciplina degli appalti pubblici normata all'art. 26. La previsione relativa ai contratti di sponsorizzazione, è contenuta nel Titolo II della Parte I del Codice, inserita tra quelle che riguardano «i contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice» medesimo. L'inserimento di detta previsione normativa all'interno della disciplina sui contratti pubblici ha fugato ogni dubbio circa la possibilità per le pubbliche amministrazioni di stipulare i medesimi negozi⁶⁷⁴, in virtù della capacità giuridica riconosciuta a tali enti, e sulla cui legittimità non nutre più dubbi, come avveniva in passato, la giurisprudenza amministrativa⁶⁷⁵ che si è conformata sostanzialmente alle posizioni espresse della più autorevole dottrina⁶⁷⁶ in materia, la quale si è incaricata di dimostrare l'ammissibilità del ricorso alle forme contrattuali atipiche per le amministrazioni pubbliche, tra le quali possono essere annoverate sicuramente le sponsorizzazioni.

Il nuovo Codice in tema di sponsorizzazioni introduce una evidente semplificazione in termini procedurali perché innanzitutto supera la previsione previgente di cui all'art. 199-*bis* del vecchio Codice⁶⁷⁷ (d.lgs. n. 163/2006) che procedimentalizzava l'*iter* finalizzato alla selezione dello *sponsor* privato con l'intento deliberato di sbloccare il settore dei beni culturali attese le difficoltà

⁶⁷⁴ G. Vidiri, *Il contratto di sponsorizzazione, natura e disciplina*, in *Giust. civ.*, 2001, I, 3; V. Cerulli Irelli, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modelli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 218; R. Di Pace, *Il contratto di sponsorizzazione e la sua utilizzazione da parte delle pubbliche amministrazioni*, in *Foro amm.*, TAR, 2004, 3898.

⁶⁷⁵ Cfr. Cons. St., Ad. plen., 18 giugno 2002, n. 6; *Ex multis* anche Sez. VI, 19 giugno 2001, n. 3245; Sez. VI, 4 dicembre 2001, n. 6073; Sez. V, 25 marzo 2002, n. 1693; Sez. VI, 10 ottobre 2002, n. 5442; Sez. V, 21 ottobre 2003, n. 6491; Sez. IV, 19 dicembre 2003, n. 8371.

⁶⁷⁶ Si veda in particolare M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, *cit.* In giurisprudenza si veda *ex multis* Cons. St., Sez. VI, 4 dicembre 2001, n. 6073 secondo cui «(...) pur dovendo la p.a. operare nei limiti consentiti dalla legge, alcuna disposizione vieta alla stessa di operare anche con contratti atipici ed anzi il sempre maggiore utilizzo di strumenti privatistici al fine della realizzazione di bisogni generali di rilievo pubblicitario costituisce una conferma dell'assenza, in astratto, di una limitazione di carattere generale all'autonomia contrattuale dell'amministrazione». Si veda anche sul punto G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, *cit.*, 91-92 che con riferimento all'esame della tecnica di privatizzazione mediante il ricorso alla scelta amministrativa, cui viene demandata, da parte del legislatore, l'attuazione concreta di un modello privatistico, osserva come la conclusione di contratti di sponsorizzazione presupponga che l'esercizio della facoltà autorizzata sia subordinata all'esistenza di determinati requisiti o al rispetto di specifici criteri che però possono attenuare non più a circostanze di tipo oggettivo bensì a valutazioni di opportunità.

⁶⁷⁷ Inserito dall'art. 20 comma 1 lett. h) d.l. 9 febbraio 2012, n. 5 convertito con modificazioni dalla l. 4 aprile 2012, n. 35. Sui contenuti dell'art. 199-*bis* sia consentito rinviare a P. Carpentieri, *sub art. 199-bis, disciplina delle procedure per la selezione di sponsor*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2012, 2070 ss. Il legislatore del 2012 con l'inserimento dell'art. 199-*bis* del d.lgs. n. 163/2006 prevedeva un irrigidimento nell'*iter* procedurale per la selezione del contraente privato nel contratto di sponsorizzazione.

riscontrate in ordine all'applicazione di quest'ultima disciplina⁶⁷⁸. La norma di cui all'art. 19 comma 1 prevede che l'affidamento del contratto di sponsorizzazione di lavori, servizi e forniture superiori a quarantamila euro «(...) mediante dazione di danaro o accollo del debito, o altre modalità di assunzione del pagamento dei corrispettivi dovuti» debba essere soggetto alla pubblicazione di un apposito avviso sul sito web della stazione appaltante, per almeno trenta giorni, «(...) indicando sinteticamente gli elementi del contratto proposto». Decorso il termine di pubblicazione dell'avviso, il contratto «(...) può essere liberamente negoziato, purché nel rispetto dei principi di imparzialità e di parità di trattamento fra gli operatori che abbiano manifestato interesse, fermo restando il rispetto dell'articolo 80». La nuova disciplina valorizza anche la previsione di un ruolo attivo dell'amministrazione pubblica medesima, la quale può avviare *motu proprio* la ricerca di soggetti privati *sponsor* con la pubblicazione sul proprio sito web istituzionale di un elenco di beni e di servizi che possono formare oggetto di sponsorizzazione, anticipando così le eventuali proposte dei privati. Al successivo comma 2 si dispone, in ordine al caso di sponsorizzazione c.d. tecnica, in cui lo *sponsor* provato intenda provvedere alla realizzazione di lavori, prestazione di servizi o di forniture direttamente a cura e spese proprie, mentre «(...) resta ferma la necessità di verificare il possesso dei requisiti degli esecutori, nel rispetto dei principi e dei limiti europei in materia e non trovano applicazione le disposizioni nazionali e regionali in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ad eccezione di quelle sulla qualificazione dei progettisti e degli esecutori». Inoltre, viene disposto che la stazione appaltante prescrive opportune indicazioni riguardanti la progettazione, l'esecuzione delle opere o forniture ed infine la direzione dei lavori e collaudo degli stessi. Se dunque la disciplina contenuta nel vecchio Codice dei contratti pubblici, aveva il deliberato intento di tutelare il mercato, a scapito della flessibilità e con irrigidimento delle procedure, il passo avanti compiuto dal legislatore delegato con il nuovo Codice è segnato dal superamento, se pure relativo e parziale del sistema dell'evidenza pubblica per addivenire ad un sistema

⁶⁷⁸ Per un'analisi circa le difficoltà applicative dell'art. 199-bis si veda P. Carpentieri, *Sponsorizzazioni e mecenatismo nei beni culturali*, in www.giustamm.it, 2014. Per un approfondimento sulla disciplina in materia si vedano G. Leondini, *I contratti relativi ai beni culturali*, in R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli, G. Sala (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, 1978; P. Carpentieri, *sub Art. 199-bis. Disciplina delle procedure per la selezione di sponsor*, in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2012, 2070 ss.

fondato sul dialogo tra amministrazioni pubbliche e soggetti privati senza ricorrere a troppi formalismi⁶⁷⁹.

L'ambito soggettivo di applicazione dei contratti di sponsorizzazione, nella riforma della disciplina dei contratti pubblici, ha subito un considerevole ampliamento nel settore della cultura, così come si evince dall'art. 151 comma 1 includendovi anche il sostegno degli istituti e luoghi della cultura ovvero i musei, le biblioteche e gli archivi, le aree e i parchi archeologici, i complessi monumentali, delle fondazioni lirico-sinfoniche e dei teatri di tradizione. Tale ampliamento del novero dei soggetti beneficiari di sponsorizzazioni, come ha acutamente osservato parte della dottrina⁶⁸⁰, potrebbe tradursi non appena in forme di finanziamento convenzionali, ovvero nelle sponsorizzazioni pure o in quelle c.d. tecniche bensì anche in forme di sostegno innovative, declinate attraverso strumenti quali l'adozione dei predetti istituti o luoghi di cultura con elargizioni periodiche, ricorrendo a forme quali il mecenatismo culturale, che beneficia peraltro dei vantaggi fiscali derivanti dal credito d'imposta del c.d. *Art bonus*, o in alternativa prevedendo l'ingresso del soggetto privato benefattore all'interno del *board* dell'istituto o del luogo di cultura. L'ampliamento della platea di soggetti beneficiari di iniziative di sponsorizzazione, in particolare anche mediante accollo del debito, in ambito culturale è da valutare senza dubbi in termini molto positivi perché consente di sostenere il processo di valorizzazione e promozione dei numerosi istituti e luoghi di cultura diffusi nel territorio nazionale che necessitano di forme durature di sostentamento. Il successivo comma 2, conferma anche nel rinnovato quadro normativo in materia di contratti pubblici, un ruolo strategico di tutela e di vigilanza dell'amministrazione, per quanto attiene alla fase di progettazione, di esecuzione degli interventi, e di direzione lavori e collaudo, correlato alla *mission* istituzionale del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo⁶⁸¹.

Accanto al contratto di sponsorizzazione, sono disciplinate altre forme di partenariato pubblico-privato nell'ambito dei beni culturali all'art. 151 comma 3. In verità tale norma si pone a completamento di un percorso iniziato negli anni precedenti dal legislatore intento a fornire risposte il più possibile efficaci ad

⁶⁷⁹ Così V. Gastaldo, *La valorizzazione dei beni culturali tra mecenatismo e sponsorizzazioni*, in *Dir. econ.*, n. 2/2016, 618.

⁶⁸⁰ P. Carpentieri, *Appalti nel settore dei beni culturali (e archeologia preventiva)*, in *Urb. e app.*, 2016, 1024-1025

⁶⁸¹ F. G. Albisinni, *I contratti pubblici concernenti i beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 514.

un'esigenza manifestatasi nella prassi⁶⁸² collaborativa pubblico-privata. Tale prassi si contraddistingueva, perlopiù, da rapporti di partenariato di durata e caratterizzata da assetti variabili e contenuti plurimi, che si sono posti al di là di mere iniziative partenariali contrattuali, pur tuttavia non identificandosi mai fino in fondo in forme di partenariato pubblico-privato istituzionali, e che però attendevano in ogni caso un intervento avallo formale per via legislativa. Il comma 3 pare attagliarsi a tale scopo sancendo che al fine di «(...) assicurare la fruizione del patrimonio culturale della Nazione e favorire altresì la ricerca scientifica applicata alla tutela (...)» viene attribuita al Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo la facoltà di promuovere «(...) forme speciali di partenariato con enti e organismi pubblici e con soggetti privati, dirette a consentire il recupero, il restauro, la manutenzione programmata, la gestione, l'apertura alla pubblica fruizione e la valorizzazione di beni culturali immobili(...)» secondo procedure semplificate analoghe o ulteriori rispetto a quelle utilizzate per l'affidamento dei contratti di sponsorizzazione aventi ad oggetto lavori, servizi o forniture relativi a beni culturali. Tali forme speciali di partenariato nel campo dei beni culturali, non devono comunque essere assimilate a quelle previste all'art. 180 del Codice dei contratti pubblici e delle concessioni in quanto, il partner privato viene selezionato ad esito di una procedura semplificata e tali iniziative perseguono parimenti finalità peculiari in cui l'*intuitu personae* e la fiducia giocano un ruolo dirimente. Pur restando il partenariato in questione di tipo essenzialmente contrattuale, esso tende ad assumere connotazioni di tipo associativo ammettendo talvolta una qualche strutturazione nell'esecuzione del rapporto di collaborazione con l'amministrazione pubblica. E' stato rilevato con riferimento alla previsione di cui all'art. 151 comma 3, che tali forme di partenariato speciali nell'ambito dei beni culturali possono trovare riconoscimento anche in rapporto agli accordi di valorizzazione di cui all'art. 112 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, finalizzati a stabilire le politiche strategiche di sviluppo culturale oppure preordinati a disciplinare, anche mediante la partecipazione di soggetti privati,

⁶⁸² Si pensi alle molteplici figure giuridiche di difficile inquadramento che spaziano dalla collaborazione scientifica alla cooperazione in interventi e iniziative atte alla valorizzazione del patrimonio culturale, dal concorso in attività preparatorie o integrative alla ricerca in campo archeologico, anche mediante la forma delle concessioni (art. 89 d.lgs. n. 42/2004 Codice dei beni culturali e del paesaggio) dalla collaborazione nell'applicazione delle previsioni di valorizzazione e di gestione delle buffer zone inserite nei siti tutelati dall'Unesco all'attivazione di collaborazione

servizi e attività strumentali alla valorizzazione e fruizione dei beni culturali.⁶⁸³In conclusione, davanti a tale norma, che sicuramente riveste una portata innovativa in termini di principio, è preferibile come è stato suggerito, mantenere una posizione attendista in ordine all'attuazione pratica di tali disposizioni al fine di verificare *ex post se* e quanto tale norma possa rappresentare una soluzione efficace ai problemi cui essa intende porre rimedio⁶⁸⁴.

Una volta analizzata la previsione innovativa che conferisce la copertura giuridica alle molteplici e variegata, nonché ibride forme speciali di partenariato pubblico-privato, attualmente invalse nel panorama della legislazione culturale del nostro ordinamento, è opportuno chiedersi se lo stesso contratto di sponsorizzazione sia da annoverarsi o meno tra le ipotesi di partenariato. Assumendo a riferimento l'art. 180 comma 8 del Codice dei contratti pubblici e delle concessioni, situato nel Titolo I Parte IV, che enumera le fattispecie contrattuali sussunte all'interno della definizione di contratto di partenariato pubblico-privato, di cui all'articolo 3, comma 1, lett. eee) del medesimo Codice, non v'è alcuna menzione del contratto di sponsorizzazione che, infatti, viene collocato nel Titolo II Parte I. Rimanendo sull'analisi del dato normativo, se nella disciplina previgente del vecchio Codice dei contratti pubblici l'art. 199-*bis* precisava che la sponsorizzazione tecnica era da considerarsi come forma di partenariato pubblico-privato l'avvenuta abrogazione di tale disposizione ha eliminato qualsiasi appiglio giustificativo sul piano squisitamente legislativo. La dottrina prevalente⁶⁸⁵ è stata, tuttavia, sempre orientata a riconoscere

con organizzazioni *non profit* del volontariato e del terzo settore in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 comma 4 Cost.

⁶⁸³ Così P. Carpentieri, *Appalti nel settore dei beni culturali (e archeologia preventiva)*, in *Urb. e app.*, 2016, 1027 secondo il quale gli strumenti di partenariato speciale di cui all'art. 151 comma 3 possono svolgere un ruolo essenziale tanto nella fase ascendente, preparatoria, tesa alla definizione degli accordi di valorizzazione *ex art.* 112 d.lgs. n. 42/2004, laddove emerga l'esigenza di acquisire un contributo in termini di proposte per l'elaborazione delle politiche culturali di programmazione e valorizzazione demandate alla regia dell'amministrazione pubblica, quanto nella fase discendente, ovvero in sede attuativa degli accordi medesimi.

⁶⁸⁴ In questi termini F. G. Albisinni, *I contratti pubblici concernenti i beni culturali*, cit., 510. In senso conforme anche M. Cammelli, *Cooperazione*, in AA.VV., *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017, 298 per il quale con riguardo alla previsione di cui all'art. 151 comma 3 del d.lgs. n. 50/2016 «Se sono evidenti le esigenze da cui muove, più incerta è invece la tenuta della soluzione perché l'enunciazione di una generale ammissibilità del partenariato o si fonda sulla (già) esistente capacità di diritto privato dell'Amministrazione, il che è più che fondato come si è visto ma rende puramente dichiarativa la disposizione, o ne presuppone invece la mancanza, che la formulazione adottata nella sua genericità non pare idonea a correggere. L'esigenza, invece, è e resta innegabile».

⁶⁸⁵ Sul contratto di sponsorizzazione quale forma di PPP si vedano tra gli altri A. Mazzilli, G. Mari, R. Chieppa, *I contratti esclusi dall'applicazione del codice dei contratti*, in M.A. Sandulli, R. De Nicolis, R. Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, I, 2008, 491; M. Renna, *Le*

l'appartenenza del contratto di sponsorizzazione all'interno della categoria del PPP, anche se occorrerebbe prima interrogarsi e successivamente intendersi su quale significato attribuire alla nozione di PPP, come ha fatto autorevolmente la dottrina. Si tratta, in buona sostanza di vedere se il PPP sia da ricondurre ad un'accezione di valore dogmatico o principio giuridico astratto, oppure di vero e proprio schema ricostruttivo di una fattispecie contrattuale, ovvero se il PPP individui o meno una nozione descrittiva⁶⁶. E' altresì opportuno rilevare che i contratti di sponsorizzazione mal si attagliano alle disposizioni di cui alla Decisione Eurostat del 2004 ed ora al SEC2010, circa la ripartizione del rischio operativo tra soggetto pubblico e soggetto privato, essenzialmente in ragione del fatto che qualora si configurasse una sponsorizzazione c.d. pura e non tecnica, ovvero di ordine finanziario il rischio del soggetto sponsorizzatore consisterebbe nell'aleatorietà del proprio ritorno in termini di immagine, mentre nella sponsorizzazione c.d. tecnica il rischio si identificherebbe con quello proprio del contratto di appalto.

4.2. I contratti pubblici concernenti i beni culturali e l'archeologia preventiva alla luce del d.lgs. n. 50/2016.

Con il nuovo Codice dei contratti pubblici, il legislatore esercitando la delega⁶⁶⁷, ha introdotto alcune disposizioni in materia di contratti nel settore dei beni culturali. Tali disposizioni in accordo con esigenze di semplificazione del quadro normativo hanno disposto la riduzione del corpo normativo, segnatamente gli artt. da 145 a 151 inseriti al Capo III del Titolo VI della parte II, a cui occorre aggiungere anche la previsione di cui all'art. 25 collocato nel Titolo III della parte I in materia di archeologia preventiva. Queste norme, rispetto alla disciplina

sponsorizzazioni, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, 2011, 521 ss.; T.S. Musumeci, *La cultura ai privati. Il partenariato pubblico privato (sponsorizzazioni e project financing) ed altre iniziative*, 2012; A.M. Gambino, *I contratti di pubblicità e di sponsorizzazione*, cit.; S. Monticelli, G. Porcelli, *I contratti d'impresa*, 2013; G. Leondini, *I contratti relativi ai beni culturali*, cit., 1965 ss.;

⁶⁶⁶ Si veda nota 139.

⁶⁶⁷ Cfr. art. 1, comma 1, lett. o), l. 28 gennaio 2016, n. 11, che dispone «(...) riordino e semplificazione della normativa specifica in materia di contratti relativi a beni culturali, ivi inclusi quelli di sponsorizzazione, anche tenendo conto della particolare natura di quei beni e delle peculiarità delle tipologie degli interventi, prevedendo altresì modalità innovative per le procedure di appalto relative a lavori, servizi e forniture e di concessione di servizi, comunque nel rispetto delle disposizioni di tutela previste dal codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e garantendo la trasparenza e la pubblicità degli atti».

previgente in materia⁸⁸, risultano essere pressoché confermativi dei regimi di specialità che assistono tali contratti, in ragione essenzialmente della peculiarità che caratterizza l'oggetto di tali contratti, ai quali è sotteso il perseguimento dell'interesse pubblico a tutela del patrimonio culturale, pur con alcune differenze mostrando un'attitudine che parte della dottrina ha definito ambivalente: «se per un verso vengono rimarcati alcuni profili di specialità, per l'altro si registra, al tempo stesso, una maggiore riconduzione nell'alveo della disciplina comune dei contratti pubblici, così come disegnata dal Codice»⁸⁹. Le ragioni della specialità del regime giuridico, riguardante i contratti in materia di beni culturali, che peraltro hanno sempre contraddistinto anche la disciplina succedutasi in materia⁹⁰,

⁸⁸ Cfr. artt. da 197 a 205 d.lgs. n. 163/2006, cui devono aggiungersi anche gli artt. 95 e 96 in materia di archeologia preventiva. Sul regime dei contratti pubblici sui beni culturali nella disciplina previgente si veda tra tutti D. De Carolis, *I contratti nel settore dei beni culturali*, in F. Caringella, M. Giustiniani (diretto da), *Manuale dei contratti pubblici*, Roma, 2015, 1779 ss.; S. Segnalini, *Disciplina comune applicabile ai contratti pubblici relativi ai beni culturali*, in G. Bonilini, M. Confortini (diretto da), *Codice degli appalti pubblici*, Torino, 2014, 1234 ss.; A. Bartolini, F. Polticchia, *Disciplina comune applicabile ai contratti pubblici relativi ai beni culturali*, in G.F. Ferrari, G. Morbidelli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Milano, 2013, 843 ss.; P. Carpentieri, P. Ungari, *I contratti relativi ai beni culturali*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, IV, Milano, 2008, 2970 ss.

⁸⁹ F. G. Albisinni, *I contratti pubblici concernenti i beni culturali*, cit., 511 secondo cui la norma di cui all'art. 145 esprime quest'ultima tendenza «(...) che definisce l'ambito di applicazione e la disciplina comune applicabile. La disposizione si presenta innanzitutto più sintetica rispetto al passato, operando un generale riferimento ai contratti pubblici concernenti i beni culturali tutelati (...) ed agli scavi archeologici, anche subacquei, mentre in precedenza ci si riferiva agli appalti di lavori pubblici concernenti i beni mobili e immobili e gli interventi sugli elementi architettonici e sulle superfici decorate di beni del patrimonio culturale, sottoposti alle disposizioni di tutela del Codice di settore. Il riferimento alle disposizioni comuni del Codice, inoltre, è generalizzato, ed esse trovano applicazione "per quanto non diversamente disposto nel presente capo", mentre in precedenza veniva effettuato un richiamo più puntuale alle parti del D.Lgs. n. 163 del 2006 applicabili, in quanto non derogate e ove compatibili, anche a questa tipologia di appalti».

⁹⁰ P. Carpentieri, *Appalti nel settore dei beni culturali (e archeologia preventiva)*, cit., 1015 ss. che ricostruisce l'evoluzione della disciplina evidenziando che fino alla l. n. 109/1994, c.d. Legge Merloni, la materia era normata dalla l. 1 marzo 1975, n. 44 nonché dal d.P.R. 17 maggio 1978, n. 509 che riconoscevano al Ministero dei beni e delle attività culturali vastissimi margini in termini di ricorso alla deroga rispetto all'evidenza pubblica disposta dalla normativa di contabilità generale dello Stato. In base ad alcune previsioni di dette normative, segnatamente gli artt. 5, 7 e 9 della l. n. 44/1975 ed in virtù del regolamento ministeriale delle spese in economia, i lavori di restauro e valorizzazione aventi ad oggetti beni del patrimonio culturale venivano eseguiti mediante cottimo fiduciario anche per importi di ingente valore. Sul presupposto che il restauro fosse da inquadrarsi nei servizi invece che nei lavori si è determinata l'esclusione de facto per lungo tempo degli interventi in ambito culturale dalle rigorose norme sull'evidenza pubblica proprie dei contratti pubblici. Tale impostazione è stata superata dall'avvento della l. n. 109/1994 che ha ricondotto nell'alveo della disciplina pubblicistica dell'evidenza pubblica l'intero complesso dei contratti pubblici dei lavori, ancorché venisse riconosciuto al settore dei beni culturali un regime di specialità, con l'emanazione del d.P.R. n. 554/1999 che solo in via parziale però recepiva le indicazioni della norma primaria in materia di specialità sui lavori nei beni culturali e anche successivamente con il d.P.R. n. 34/2000 sono state pochi i profili di specialità ravvisati negli appalti del settore dei beni culturali. Il passaggio da un regime di sostanziale esenzione dalle regole dell'evidenza pubblica ad un assoggettamento stringente a queste ultime ha indotto il legislatore ad intervenire per recuperare margini di elasticità nella disciplina. Così dapprima è stata emanata la l. 1 agosto 2002, n. 166, c.d. Legge Merloni-*quater* che ha introdotto un complesso di norme speciali dedicate ai lavori sui beni culturali mobili e sulle superfici

si spiegano alla luce dell'esigenza prevalente della finalità conservativa dei beni culturali medesimi, sottese alle modalità di affidamento, che richiama inevitabilmente la conservazione programmata di cui all'art. 29 del d.lgs. n. 42/2004 Codice dei beni culturali e del paesaggio, con il corollario rappresentato dalla necessità che prevalga la riduzione al minimo dei rischi di possibile perdita o deterioramento del bene stesso piuttosto che la valutazione circa gli aspetti di ordine economico. Da ciò discende che il profilo qualitativo assume ad elemento centrale nella disciplina che regola gli affidamenti dei contratti sui beni culturali. L'assicurazione della qualità agisce trasversalmente dalla qualificazione degli operatori economici al livello dei criteri di aggiudicazione, ma anche nella fase di progettazione e di configurazione dell'oggetto dell'appalto, sotto l'aspetto dell'esigenza che le parti relative alla conservazione del bene culturale non vengano assorbite nella prevalenza quantitativa di altre prestazioni (strutturali, architettoniche e ingegneristiche) e mantengano una propria autonomia anche nel caso di appalti misti⁶⁰¹. L'art. 146 del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni, s'iscrive nella tradizione normativa che aveva caratterizzato la disciplina previgente in materia e richiede pertanto una qualificazione speciale per gli operatori economici, la quale deve rispondere a canoni di specificità e adeguatezza per i soggetti chiamati ad eseguire lavori sui beni culturali. Al comma 2 il legislatore ha affermato il principio della utilizzabilità, ai fini della qualificazione, dei lavori sui beni culturali da parte esclusivamente dell'operatore che li ha effettivamente eseguiti, senza apporre alcun limite a livello di validità temporale. Al comma 3 viene prevista una novità rispetto alla disciplina previgente, avallata peraltro anche dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema di decreto legislativo, ovvero l'esclusione per i contratti nel settore dei beni culturali del ricorso all'istituto dell'avvalimento, in virtù del principio dell'eccezione culturale di cui agli artt. 36 e 167 del TFUE, rispetto al principio di concorrenza vigente nel diritto europeo. Sotto il profilo della qualificazione rileva in questa sede anche il comma 6 dell'art. 147 dedicato ai livelli e contenuti della

decorate di beni architettonici e in seguito si è andati verso un sempre maggiore ampliamento del tratto della specialità per gli appalti nel settore culturale, con l'esercizio della delega contenuta all'art. 10, comma 2, lett. a) e d), l. 6 luglio 2002, n. 137, con il d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 30 rubricato "*Modificazioni alla disciplina degli appalti di lavori pubblici concernenti i beni culturali*" che ha introdotto una normativa speciale e di settore sui beni culturali distinta da quella sui lavori pubblici, estendendo in via parziale tale disciplina agli altri beni culturali immobili. Il codice dei contratti pubblici del 2006 ha assorbito tale separazione ma nel rispetto delle tante peculiarità che esprime il settore dei beni culturali.

⁶⁰¹ P. Carpentieri, *Appalti nel settore dei beni culturali (e archeologia preventiva)*, cit., 1015.

progettazione. Tale previsione non attiene appena a detti livelli e contenuti, ma concerne più in generale la tutela della funzione che i professionisti svolgono nel settore dei beni culturali. Ciò in tutte le fasi procedurali che caratterizzano gli interventi in questo ambito così peculiare e speciale, laddove si prevede che la direzione dei lavori, il supporto tecnico alle attività tanto del responsabile unico del procedimento quanto del dirigente competente alla formazione del programma triennale, l'organo di collaudo annoverano «(...) un restauratore di beni culturali qualificato ai sensi della normativa vigente, ovvero, secondo la tipologia dei lavori, altri professionisti di cui all'articolo 9-bis del codice dei beni culturali e del paesaggio con esperienza almeno quinquennale e in possesso di specifiche competenze coerenti con l'intervento». Per quanto attiene ai livelli ed ai contenuti della progettazione di cui all'art. 147 i profili di specialità riscontrabili sono almeno tre e corrispondono all'esigenza di maggiore semplificazione e flessibilità, aderenza dinamica della progettazione allo stato delle cose e riconoscimento di spazi adeguati ai soggetti esecutori gli interventi sui beni culturali in tutte le fasi procedurali. Il nuovo Codice ha dunque confermato perlopiù le disposizioni preesistenti prevedendo dunque al comma 2 che per i lavori aventi ad oggetto beni culturali, in sede di progetto di fattibilità, sia richiesta «(...) la redazione di una scheda tecnica finalizzata all'individuazione delle caratteristiche del bene oggetto di intervento, redatta da professionisti in possesso di specifica competenza tecnica in relazione all'oggetto dell'intervento». Viene poi demandato all'emanazione di un successivo regolamento, con l'adozione di un decreto ministeriale di cui all'art. 146 comma 4, la definizione dei livelli e dei contenuti inerenti la progettazione di lavori concernenti i beni culturali, inclusi gli scavi archeologici (e dei beni culturali mobili, superfici decorate di beni architettonici e materiali storicizzati di beni immobili d'interesse storico artistico e archeologico), e altresì la definizione delle attribuzioni e competenze dei soggetti deputati alla progettazione, direzione dei lavori e collaudo con riferimento alle caratteristiche del bene oggetto di intervento. Il successivo comma 3, innova rispetto a quanto disposto in precedenza, per quanto riguarda i lavori di monitoraggio, manutenzione o restauro dei beni culturali mobili, superfici decorate di beni architettonici e materiali storicizzati di beni immobili di interesse storico, artistico o archeologico. Infatti, il progetto di fattibilità annovera oltre che scheda tecnica, anche le ricerche preliminari, le relazioni illustrative e il calcolo sommario di spesa. Il progetto definitivo approfondisce gli studi portati avanti con il progetto di fattibilità,

stabilendo, mediante indagini diagnostiche e conoscitive multidisciplinari, gli elementi di degrado e i metodi di intervento. Il progetto esecutivo, posto in essere sulla base dell'esperienza di indagini dirette nonché giustificate sulla base dell'unicità dell'intervento con finalità conservative, e che deve contenere anche un piano di monitoraggio e manutenzione, indica dettagliatamente le indicazioni operative, i materiali da utilizzare e le modalità tecniche di esecuzione. Il comma 4 prevede che i lavori di cui al precedente comma 3 e quelli di scavo archeologico, anche subacqueo, nonché quelli inerenti il verde storico così come definiti nel Codice dei beni culturali e del paesaggio, sono appaltati sulla base di un progetto esecutivo⁶⁹². Il successivo comma 5 dispone che il responsabile unico del procedimento può prevedere l'integrazione della progettazione in corso d'opera qualora venga accertato che la natura e le caratteristiche del bene culturale, ovvero il suo stato di conservazione, non consentono l'esecuzione di analisi e rilievi esaustivi o in ogni caso si prestano ad essere oggetto di determinazione in corso d'opera. Con ciò il legislatore conferma il principio dell'aderenza dinamica del progetto alla concreta consistenza del bene oggetto dell'intervento⁶⁹³. Per quanto riguarda l'affidamento dei contratti, l'art. 148 al comma 1 prescrive, confermando la disciplina previgente sul punto, il divieto di affidamento congiunto specificando che i lavori aventi ad oggetto i beni culturali «(...) non sono affidati congiuntamente a lavori afferenti ad altre categorie di opere generali e speciali, salvo che motivate ed eccezionali esigenze di coordinamento dei lavori, accertate dal responsabile del procedimento e comunque non attinenti la sicurezza dei luoghi di lavoro». Quindi tale divieto è stato ritenuto non assoluto come ha riconosciuto anche la giurisprudenza amministrativa che si è espressa in merito⁶⁹⁴. Il comma 2 presenta una disciplina innovativa secondo la quale in nessun caso «(...) le lavorazioni specialistiche di

⁶⁹² Nella versione precedente era stata inserita la locuzione maggiormente limitativa «di regola» poi espunta nella versione del testo legislativo finale, oggetto di approvazione, così da calmierare l'imperativo assoluto della norma che prescrive la progettazione esecutiva da porre a base della gara per i lavori. La scelta di eliminare tale elemento teso a temperare la portata imperativa della norma, come ha sottolineato P. Carpentieri, *Appalti nel settore dei beni culturali (e archeologia preventiva)*, cit., 1018-1019 pone notevoli problemi interpretativi ed applicativi atteso che nel sistema degli appalti concernenti i beni culturali permangono norme speciali, come l'art. 2 del d.l. 31 maggio 2014, n. 83 che richiama l'art. 3 del d.l. 31 marzo 2011, n. 34, nelle quali, sul presupposto di semplificazione e di accelerazione delle procedure, viene posto a base dell'affidamento il progetto preliminare.

⁶⁹³ P. Carpentieri, P. Ungari, *I contratti relativi ai beni culturali*, cit., 3062 secondo i quali tale principio esprime «(...) esigenza di flessibilità e di un suo costante legame con lo svolgimento del lavoro, secondo una metodologia di lavoro progressivo» costituendo «(...) un carattere saliente della specialità della materia dei lavori pubblici su beni culturali»

cui al comma 1 possono essere assorbite in altra categoria o essere omesse nell'indicazione delle lavorazioni di cui si compone l'intervento, indipendentemente dall'incidenza percentuale che il valore degli interventi di tipo specialistico assume rispetto all'importo complessivo». Si dispone altresì che la stazione appaltante debba indicare separatamente, nei documenti di gara, le attività inerenti il monitoraggio, la manutenzione, il restauro rispetto a quelli di carattere strutturale, impiantistico, nonché di adeguamento funzionale concernenti i beni immobili tutelati secondo le disposizioni del Codice dei beni culturali e del paesaggio. Il comma 3 abilita la stazione appaltante, limitatamente agli appalti aventi ad oggetto allestimenti di istituti e luoghi della cultura e per la manutenzione ed il restauro di ville, parchi e giardini così come definiti nel Codice dei beni culturali e del paesaggio, a ricorrere all'affidamento seguendo le regole previste per i servizi e le forniture, sulla base di provvedimento motivato del responsabile del procedimento, laddove i servizi e le forniture assumano rilevanza preponderante nell'oggetto dell'appalto, indipendentemente dall'importo dei lavori. Un'altra previsione significativa è quella relativa ai criteri di aggiudicazione da utilizzare, seguendo l'orientamento dell'impianto generale del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni che, *a fortiori*, valorizza per gli affidamenti nel settore dei beni culturali, un *favor* per i criteri qualitativi, marginalizzando per contro il criterio del prezzo più basso, e superando così la disciplina previgente che prevedeva criteri speciali nel settore degli appalti con riferimento al medesimo settore. Il comma 7 configura l'ipotesi dei casi di somma urgenza nel settore dei beni culturali, che invece trova la propria legittimazione agli artt. 163 e ss. con riferimento alle procedure ordinarie. La previsione disciplinata al comma 7 prevede una soglia più elevata (trecentomila euro) rispetto a quella ordinaria pari a duecentomila euro relativa agli altri lavori. Ai presupposti validi per questi ultimi, nel settore dei lavori aventi ad oggetto i beni culturali si aggiunge anche il riferimento alla tutela del bene stesso, che potrebbe essere notevolmente compromesso o comunque pregiudicato da eventuali ritardi nell'esecuzione derivanti dalle procedure ordinarie di gara. Peraltro, la stessa norma abilita ad avvalersi alla procedura di somma urgenza nei casi di intervento individuati ai sensi dell'art. 146 comma 4. Sotto il profilo del ricorso alle varianti, l'art. 149 riproduce in buona sostanza il dettato del vecchio

⁶⁴ Cons. St., sez. IV, 6 dicembre 2011, n. 6414.

Codice in materia, accordando maggiore possibilità di ricorrere a tale istituto. La nuova disciplina conferma che non sono da intendersi varianti quelle che riguardano aspetti di dettaglio o che sono necessarie in vista di un pericolo di deterioramento o danneggiamento dei beni oggetto di tutela. Ciò a condizione che questi non apportino modifiche sul piano qualitativo dell'opera e non oltrepassino una variazione che si esprime in termini percentuali complessivi del 10% con riferimento al valore dell'appalto, e del 20% con riferimento ad ogni singola categoria di lavorazione. La norma contenuta all'art. 150 affronta il tema del collaudo, confermando ciò che aveva previsto il previgente regolamento di esecuzione del vecchio Codice⁶⁹⁵. Essa dispone quindi al comma 1 che per i lavori aventi ad oggetto i beni culturali è obbligatorio il collaudo in corso d'opera, purché non sussistano le condizioni per l'ottenimento del certificato di regolare esecuzione e al comma 2 che a mezzo del decreto ministeriale, di cui all'art. 146 comma 4, sono previste specifiche disposizioni riguardo al collaudo di interventi sui beni culturali.

Venendo al tema dell'archeologia preventiva⁶⁹⁶, anche in tale ambito il nuovo Codice si è attestato sulle previsioni esistenti confermando l'impianto dispositivo precedente, unificando nel nuovo art. 25 gli artt. 95 e 96 del vecchio Codice, che avevano trovato un compromesso virtuoso tra l'esigenza di tutelare il patrimonio culturale e la prevenzione nella gestione del rischio archeologico, al fine di assicurare la realizzazione con tempi certi dei lavori pubblici in materia di beni culturali. Il mantenimento della disciplina inerente l'archeologia preventiva, è divenuta quanto mai cogente alla luce della ratifica della Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico, disposta dalla l. 29 aprile 2015, n. 57. Le novità previste all'art. 25, sono innanzitutto la riduzione a trenta giorni (dai novanta giorni previsti in precedenza) quale termine assegnato alla soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici al fine della dichiarazione dell'interesse archeologico dell'area interessata dai lavori a cui è subordinato l'avvio delle indagini sul terreno, sulla base della relazione archeologica redatta. Le altre novità sono rappresentate dalla sostituzione delle linee guida già previste dall'art. 95

⁶⁹⁵ Cfr. d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, art. 251, comma 1, secondo cui «(...) per opere e lavori relativi a beni di cui al presente titolo è obbligatorio il collaudo in corso d'opera, sempre che non sussistano le condizioni per il rilascio del certificato di regolare esecuzione».

⁶⁹⁶ Sull'archeologia preventiva si veda P. Carpentieri, *La verifica preventiva dell'interesse archeologico*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici, cit.*, III, 2369 ss.;

comma 6⁶⁷, con la previsione di cui all'art. 25 comma 13 di un apposito d.P.C.M. finalizzati all'individuazione di «(...) procedimenti semplificati, con termini certi che garantiscano la tutela del patrimonio archeologico tenendo conto dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'opera», ed in ultimo dal rinvio di cui al comma 15, nei casi di eccessiva durata dei procedimenti, alla procedura di cui al regolamento di attuazione dell'articolo 4 della legge 7 agosto 2015, n. 124.

4.3. Le sponsorizzazioni ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio e le donazioni liberali.

Le esperienze di collaborazione tra pubblico e privato, manifestate nelle forme di gestione le più diverse, hanno potuto esprimere al meglio il proprio potenziale e la propria attitudine a generare valore aggiunto nei vari ambiti e senza dubbio nel settore dei beni culturali⁶⁸. Tale settore, disciplinato da un apposita disciplina che riveste una rilevanza più che mai strategica nel nostro Paese, vocato *naturaliter* alla valorizzazione del proprio ingente patrimonio artistico e culturale. Inoltre, il settore dei beni culturali registra necessariamente ricadute positive e un impatto significativo anche su altri settori, contigui a quello della cultura, come ad esempio quello del turismo. L'esigenza primaria di predisporre adeguati strumenti atti a garantire la salvaguardia del patrimonio culturale, ha suggerito al legislatore un approccio teso da un lato al rafforzamento dell'intervento pubblico⁶⁹, anche sotto l'aspetto finanziario nel settore dei beni

⁶⁷ Cfr. art. 95 comma 6 d.lgs. n. 163/2006 secondo cui «Ove il soprintendente non richieda l'attivazione della procedura di cui all'articolo 96 nel termine di cui al comma 3, ovvero tale procedura si concluda con esito negativo, l'esecuzione di saggi archeologici è possibile solo in caso di successiva acquisizione di nuove informazioni o di emersione, nel corso dei lavori, di nuovi elementi archeologicamente rilevanti, che inducano a ritenere probabile la sussistenza in sito di reperti archeologici. In tale evenienza il Ministero per i beni e le attività culturali procede, contestualmente alla richiesta di saggi preventivi, alla comunicazione di avvio del procedimento di verifica o di dichiarazione dell'interesse culturale ai sensi degli articoli 12 e 13 del codice dei beni culturali e del paesaggio».

⁶⁸ La bibliografia è sterminata su questo tema si veda tra tutti M. Ainis, M. Fiorillo, *I beni culturali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, t. II, Milano, 2003 p. 1485 ss.

⁶⁹ Attraverso la l. 28 dicembre 2015, n. 208, c.d. Legge di Stabilità 2016, sono stati previsti più fondi alla cultura: 180 mln di € nel 2016, 200 mln di € nel 2017, 195 mln di € nel 2018 e nel 2019, 165 mln di € dal 2020, invertendo così un *trend* di politiche pubbliche di bilancio incentrate su tagli lineari che a partire dal 2000 avevano colpito soprattutto il settore della cultura come ha ricordato I. Cipolletta, *L'economia della cultura nella crisi finanziaria*, in *Econ. cult.*, 2011, 10 secondo il quale «La spesa pubblica per la cultura è in Italia in riduzione costante dal 2000. Essa rappresenta ormai una frazione minima della spesa pubblica e potrebbe essere aumentata senza

culturali e dall'altro all'incentivazione e all'attrazione di capitali privati, finalizzati a prospettare interazioni virtuose per la tutela dei beni culturali medesimi. Il profilo maggiormente problematico, soprattutto in un settore così peculiare e complesso, è quello relativo alla sostenibilità economica e finanziaria degli interventi pubblici in materia di tutela e valorizzazione del patrimonio⁷⁰⁰.

Le politiche di valorizzazione dei beni culturali, che spesso trovano proficue intersezioni con altri settori affini o contigui strategici, dal punto di vista dello sviluppo economico, rappresentano il terreno maggiormente fertile, sul quale si sono sviluppate le più significative collaborazioni tra pubblico e privato, con esperienze di PPP. Ciò anche in considerazione della situazioni di crisi economica e di politiche pubbliche improntate alla *spending review*, in ossequio al rispetto dei vincoli stringenti di finanza pubblica. Tale scenario si è imposto con incidenza sempre più crescente negli anni, nonostante nel settore dei beni culturali si sia radicato da tempo un pregiudizio che ha trovato una certa resistenza in termini ideologici sull'ancoraggio di una visione che vede il bene culturale di per sé soggettivamente subordinato all'egida e alla tutela, conservazione e fruizione direttamente pubbliche. Accanto all'invito di un rinnovato impegno anche in termini economico-finanziari da parte degli attori pubblici, è stato rilevato che da soli questi sforzi non sarebbero sufficienti, in quanto la strada che conduce all'uscita dalla crisi per l'economia della cultura «(...) necessita sia di fondi pubblici che di una rinnovata capacità di produrre servizi per vivacizzare il consumo di cultura»⁷⁰¹. L'attrazione di capitali privati nel circuito del sistema dei beni culturali, ha visto negli anni il coinvolgimento sia degli operatori economici operanti con finalità di lucro, i quali hanno saputo svolgere, talvolta meglio e sopportando minori oneri finanziari, nuovi compiti e nuove funzioni come la

troppo incidere sulla finanza pubblica. A condizione, ovviamente, che si procedesse a qualche revisione in altri comparti della spesa pubblica».

⁷⁰⁰ S. Gardini, *La sponsorizzazione dei beni culturali come paradigma dinamico di collaborazione*, in *Dir. econ.*, n. 2/2016, 591 ss. secondo cui «Una buona amministrazione della cultura non , infatti, mai prescindere dalla ottimale gestione e manutenzione dei beni che ad essa fanno capo e tali attività - dal canto loro - richiedono continui, mirati e virtuosi investimenti di risorse economiche, organizzative e strumentali».

⁷⁰¹ Cfr. I. Cipolletta, *L'economia della cultura nella crisi finanziaria*, cit., secondo cui «(...) serve anche una rinnovata azione di promozione dei servizi culturali. L'ingente patrimonio culturale del paese è, al tempo stesso, un peso rilevante per la conservazione e la salvaguardia, e una formidabile fonte di produzione di eventi. L'offerta indistinta di consumi culturali disorienta il consumatore e non ne valorizza il servizio. Un'offerta più mirata di eventi e qualche maggior sforzo di promozione potrebbero consentire una maggiore attrazione di consumatori e un servizio a maggior valore. Contemporaneamente si potrebbe ridurre l'offerta indistinta, lasciandola alla richiesta specifica di quanti sono effettivamente interessati alla sua fruizione».

predisposizione di eventi o di servizi di accoglienza in ambito culturale, in particolare nel sistema museale o la promozione di attività editoriali, o comunque strumentali ad interessi di tipo culturale⁷⁰², degli attori *non profit*, quali associazioni, fondazioni, in particolare quelle bancarie, infine organizzazioni non lucrative (Onlus). Il tema della partecipazioni dei privati al sostegno ed alla collaborazione nel settore dei beni culturali è una vecchia novità⁷⁰³ da tempo dibattuta in dottrina⁷⁰⁴ che ha preso avvio con precise scelte da parte del legislatore⁷⁰⁵ e che registra con tutta evidenza una crescente attenzione soprattutto nei periodi storici come questo, in cui l'attività amministrativa è assoggettata ai vincoli economico-finanziari derivanti dal rispetto degli obblighi di finanza pubblica e quindi tende a comprimere o comunque a selezionare maggiormente l'intervento finanziario nel settore culturale. Tuttavia, ancorché l'ingresso dei soggetti privati nel settore dei beni culturali, possa trovare sicuro fondamento e chiara legittimità costituzionale nel principio di sussidiarietà orizzontale, l'ammissibilità circa l'*an* dell'intervento dei privati prende atto di un assetto normativo di settore, quello inerenti i beni culturali, condizionato da alcuni limiti, che vengono stabiliti innanzitutto proprio sul piano costituzionale. Occorre in questa sede richiamare pertanto l'art. 9 Cost., che prevede in primo luogo la promozione, da parte della Repubblica, dello sviluppo della cultura della ricerca scientifica e della tecnica, nonché la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico, stabilendo un collegamento tra tutela del patrimonio storico e artistico e promozione della cultura⁷⁰⁶. In base a quanto prevede quest'ultima disposizione spetterebbe solo e soltanto alla Repubblica, cioè innanzitutto allo Stato inteso non quale livello di governo centrale, bensì quale ordinamento cui è riservato l'esercizio di un complesso di funzioni pubbliche unitamente agli altri soggetti istituzionali previsti all'art. 114 cost., tra le quali rientra la tutela dei beni

⁷⁰² M. Cammelli, *Pluralismo e cooperazione*, in C. Barbati, M. Cammelli, G. Sciullo (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, 179 ss.

⁷⁰³ L'espressione è di G. Piperata, *Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale*, cit., 3 ss.

⁷⁰⁴ Per un'ampia trattazione sul tema si veda tra gli altri A.L. Tarasco, *Diritto ed economia nella gestione del patrimonio culturale*, in T.S. Musumeci (a cura di), *La cultura ai privati. Il partenariato pubblico privato (sponsorizzazioni e project financing) ed altre iniziative*, Torino, 2012, 145 ss.

⁷⁰⁵ La l. 14 gennaio 1993, n. 4 c.d. Legge Ronchey, che aveva convertito con modificazioni il d.l. 14 novembre 1992, n. 433, recante misure urgenti per il funzionamento dei musei statali. Disposizioni in materia di biblioteche statali e di archivi di stato, all'art. 4 aveva previsto l'affidamento in gestione a soggetti privati o ad enti pubblici economici, di alcuni servizi aggiuntivi presso i siti d'interesse culturale pubblico mediante lo strumento della concessione.

culturali, non potendo delegare la titolarità di tale funzione ad altri soggetti⁷⁷, anche quelli privati. Per lungo tempo, come è stato osservato, l'equivoco strettamente concettuale, che ha generato confusione anche nel legislatore, si palesava tra l'obbligo in capo allo Stato per la tutela e la conservazione dei beni culturali nel perseguimento di quanto dispone l'art. 9 Cost. e la non necessaria riserva esclusiva a favore dei poteri pubblici dell'esercizio di dette funzioni⁷⁸.

Se la tutela è riservata ai poteri pubblici, un altro profilo che riguarda invece la funzione della valorizzazione del patrimonio culturale, ai sensi dell'art. 117 comma 3 Cost risulta demandata alle competenze concorrenti tra Stato e Regioni, ed è aperta anche al contributo e alla collaborazione di una pluralità di soggetti sia pubblici sia privati, come prevedono alcune norme del Codice dei beni culturali e del paesaggio⁷⁹. Nel settore dei beni culturali, pertanto, gli istituti attraverso i quali i soggetti pubblici, tramite rapporti di interazione o collaborazione, contribuiscono alla valorizzazione del patrimonio, sono molteplici, ed essenzialmente fanno riferimento a due modelli spesso concorrenti e talvolta anche alternativi. Tali modelli individuano da un lato le sponsorizzazioni e dall'altro le erogazioni liberali, effettuate perlopiù da imprese private che scelgono di devolvere una quota parte dei propri ricavi al settore dei beni culturali. Tali donazioni che s'inscrivono nel fenomeno del c.d. mecenatismo, trovano fondamento in un sistema di esenzioni e di agevolazioni di natura fiscale, che incentivano i soggetti privati a intervenire con elargizioni o dazioni finanziarie, nella valorizzazione dei beni culturali. Il tratto che unifica l'istituto della sponsorizzazione e quello delle erogazioni liberali, corrisponde al rispetto delle funzioni e delle competenze tra

⁷⁷ G. Fidone, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, in *Aedon*, 1-2/2012.

⁷⁸ Cfr. art. 117, comma 1, lett. s) Cost.

⁷⁹ S. Gardini, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2016, 405 ss. secondo cui il sistema di gestione del patrimonio culturale è segnato da limiti, anche nell'apertura nei confronti del contributo della società civile, tuttavia la sua essenza non si identifica e non si esaurisce con tale limite, perché in mezzo «(...) ci sono le molteplici graduazioni che discendono dal principio di sussidiarietà, gli obblighi di leale collaborazione tra le istituzioni ed i diversi livelli di governo, i doveri di buon andamento e di buona amministrazione, che non possono - in una società complessa e multilivello - estrinsecarsi compiutamente in assenza di un dialogo virtuoso con tutte le componenti, anche civili, che si articolano sul territorio».

⁸⁰ Come ha sottolineato P. Michiara, *La valorizzazione dei beni culturali tramite accordi*, in *www.giustamm.it*, 2014, la valorizzazione si configura quindi come un servizio pubblico oggettivato. Infatti, l'art. 111 del d.lgs. n. 42/2004 in materia di iniziativa prevede che la valorizzazione sia pubblica o privata specificando ai commi 3 e 4 che «La valorizzazione ad iniziativa pubblica si conforma ai principi di libertà di partecipazione, pluralità dei soggetti, continuità di esercizio, parità di trattamento, economicità e trasparenza della gestione. La valorizzazione ad iniziativa privata è attività socialmente utile e ne è riconosciuta la finalità di solidarietà sociale».

soggetto pubblico e operatore economico privato che mantengono inalterati i rispettivi ruoli: in sostanza il soggetto privato eroga finanziamenti al soggetto pubblico, il quale mantiene le prerogative in termini di *governance*, sul destino dei beni culturali oggetto di tutela, valorizzazione e gestione. Accanto a tali istituti, che mantengono inalterata la primazia pubblica, ve ne sono altri, che vedono una commistione e collaborazione più integrata con la previsione di una partecipazione più estesa dei soggetti privati alla gestione⁷¹⁰ dei beni culturali.

Nell'attuale contesto di crisi economica e di politiche di contenimento della spesa pubblica, i contratti di sponsorizzazione nel settore dei beni culturali⁷¹¹, rappresentano una forma particolare di esperienza che tra le altre forme collaborative spicca per la sua vocazione a mantenere le prerogative in capo al soggetto pubblico sponsorizzato in termini sia di decisione sia di gestione. Tale tipologia contrattuale ha suscitato così l'interesse tanto delle pubbliche amministrazioni, indotte a ritenere le sponsorizzazioni culturali uno strumento adeguato a fare fronte in modo efficace alla realizzazione di interventi di valorizzazione del patrimonio culturale, quanto degli operatori economici privati. Questi ultimi hanno colto in questa occasione la possibilità di sfruttare la notorietà e la visibilità dei beni culturali al fine di accreditare un prodotto, un marchio o comunque la propria attività d'impresa⁷¹². Il contratto di sponsorizzazione nel settore dei beni culturali trova la propria disciplina all'art. 120 del Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42/2004), così come modificato dal d.lgs. 26

⁷¹⁰ L'attività di gestione è stata definita da C. Barbati, *Le forme di gestione*, in C. Barbati, M. Cammelli, G. Sciullo (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, 199. come «(...) il complesso di misure (organizzative, procedurali, e per taluni aspetti finanziarie) tramite le quali i soggetti, pubblici e privati, pongono in essere o collaborano all'esercizio, di attività volte alla loro valorizzazione».

⁷¹¹ Sui contratti di sponsorizzazione nel settore dei beni culturali si vedano M.V. De Giorgi, *Sponsorizzazioni e mecenatismo*, Padova, 1988; G. Piperata, *art. 120*, in M. Cammelli (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007, 481 ss.; M. Veronelli, *Le sponsorizzazioni dei beni culturali*, in *Gior. dir. amm.*, 2005, 887 ss.; L. Zanetti, *Gli strumenti di sostegno alla cultura tra pubblico e privato: il nuovo assetto delle agevolazioni fiscali al mecenatismo culturale*, in *Aedon*, n. 2/2001; M. Ainis, M. Fiorillo, *I beni culturali*, cit., 1485 ss.; G. Piperata, *Servizi per il pubblico e sponsorizzazioni dei beni culturali: gli artt. 117 e 120*, in *ivi*, n. 3/2008; F. Mastragostino, *Sponsorizzazioni e pubbliche amministrazioni: caratteri generali e fattori di specialità*, in *ivi*, n. 1/2010; L. Starola, *La sponsorizzazione dei beni culturali: opportunità fiscali*, in *ivi*; M. Cammelli, *Le sponsorizzazioni tra evidenza pubblica ed erogazione*, in *ivi*; R. Rossotto, *Contratti di sponsorizzazione: opportunità giuridiche*, in *ivi*; G. Fidone, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, cit.; M. Cammelli, *Pluralismo e cooperazione*, cit., 189 ss.; S. Gardini, *La sponsorizzazione dei beni culturali come paradigma dinamico di collaborazione*, in *Dir. econ.* n.2/2016, 591 ss.; V. Gastaldo, *La valorizzazione dei beni culturali tra mecenatismo e sponsorizzazioni*, in *ivi*, 609 ss;

⁷¹² Così S. Gardini, *La sponsorizzazione dei beni culturali come paradigma dinamico di collaborazione*, cit., 593.

marzo 2008, n. 62⁷¹³. Ai sensi del comma 1 di detta norma, la sponsorizzazione individua ogni contributo, che può essere sia sotto forma di denaro sia sotto forma di beni e servizi, erogato da soggetti privati⁷¹⁴ ai fini della progettazione o l'attuazione di iniziative del Ministero dei beni e le attività culturali, delle regioni e degli altri enti pubblici territoriali, ovvero di persone giuridiche private senza scopo di lucro e soggetti persone fisiche privati su beni di loro proprietà, in ordine alla tutela ovvero valorizzazione del patrimonio culturale, con il fine di promuovere, il prodotto, il marchio, il nome, l'immagine, l'attività del soggetto che eroga il contributo. Il contributo dei privati non si limita soltanto all'attività di valorizzazione ma si estende anche a quella di tutela del patrimonio culturale, che altrimenti sarebbe possibile a condizione che i soggetti privati fossero proprietari o detentori del bene culturale medesimo⁷¹⁵. L'ultimo periodo del comma 1, demanda la verifica dei profili di compatibilità di dette iniziative con le esigenze sottese alla tutela del patrimonio al Ministero dei beni e delle attività culturali in base alle disposizioni del Codice⁷¹⁶. Al successivo comma 2 il legislatore si preoccupa di dettagliare in cosa debba consistere l'attività di promozione, che si

⁷¹³ La modifica di cui al d.lgs. n. 62/2008 ha determinato l'ampliamento dell'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione della disciplina di cui all'art. 120 del Codice in materia di sponsorizzazioni.

⁷¹⁴ Alcune perplessità circa l'ambito applicativo soggettivo di tale disposizione sono state espresse tra gli altri da G. Piperata, *art. 120, cit.*, 484 ad avviso del quale «(...) la disposizione in commento presenta un ambito di applicazione soggettiva che appare particolarmente ed inspiegabilmente rigido. Non si spiega, infatti, come mai per espressa previsione legislativa: primo, lo *sponsor* debba necessariamente essere un soggetto privato, ben potendosi verificare nella pratica, invece, che vi sia anche un'altra pubblica amministrazione interessata alla sponsorizzazione dell'iniziativa connessa al bene culturale; secondo, le iniziative suscettibili di essere sponsorizzate possano essere solo quelle progettate da Ministero, dalle regioni, dagli altri enti pubblici territoriali, e persino da soggetti privati, ma non da altri enti pubblici, i quali, invece potrebbero concretamente essere interessati a far sponsorizzare una iniziativa di tutela o di valorizzazione di un bene culturale di loro appartenenza».

⁷¹⁵ Come ha opportunamente sottolineato in ordine ai profili di legittimità circa le sponsorizzazioni culturali G. Piperata, *art. 120, cit.*, 484 «(...) l'articolo in commento non disciplina le sponsorizzazioni dei beni culturali, bensì le ipotesi di sponsorizzazione delle iniziative riguardanti i beni ricompresi nel patrimonio culturale e, in particolare, quelle finalizzate a favorire la tutela o la valorizzazione del patrimonio culturale (...) Ciò significa che (...) non può essere considerata legittima un'ipotesi di sponsorizzazione di un bene culturale fine a se stessa, dovendosi sempre giustificare il contributo alla luce della sua strumentalità alla progettazione o realizzazione di una iniziativa istituzionale di tutela o di valorizzazione riguardante il bene in questione».

⁷¹⁶ In dottrina hanno manifestato dubbi circa la chiarezza interpretativa di tale disposizione tra gli altri G. Fidone, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione, cit.*, ad avviso del quale «La disposizione non appare peraltro del tutto chiara» e G. Piperata, *Servizi per il pubblico e sponsorizzazioni dei beni culturali: gli artt. 117 e 120, cit.*, secondo cui «(...) non è chiaro se la verifica di compatibilità effettuata dal ministero riguardi qualsiasi ipotesi di sponsorizzazione (anche quelle relative ai beni culturali di regioni o enti locali, visto che genericamente si parla di "dette iniziative"), oppure solo le ipotesi relative ai beni culturali dello Stato o le iniziative dei privati. La risposta non può che essere nella seconda direzione indicata, non sembrando interpretativamente corretto estendere il ruolo di autorizzazione

estrinseca «(...) attraverso l'associazione del nome, del marchio, dell'immagine, dell'attività o del prodotto all'iniziativa oggetto del contributo (...)». L'attività di promozione incontra taluni limiti⁷¹⁷ resi evidenti sempre al medesimo comma 2, che prescrive la necessità di rendere tale attività in forma compatibili «(...) con il carattere artistico o storico, l'aspetto e il decoro del bene culturale da tutelare o valorizzare (...)»⁷¹⁸ demandando alla sede contrattuale la definizione puntuale di tali aspetti. L'ultimo comma individua sempre il contratto quale sede in cui stabilire le modalità di erogazione del contributo nonché le forme in cui possa esplicarsi il controllo, da parte del soggetto privato erogante il contributo, in ordine alla realizzazione dell'iniziativa di sponsorizzazione culturale.

In questo contesto l'amministrazione pubblica assume una funzione centrale, perché viene incaricata di operare una ricognizione dei beni, servizi e lavori da offrire ai fini della sponsorizzazione da parte dei soggetti privati, in modo che l'erogazione delle risorse da parte degli stessi, sia indirizzata al perseguimento di un concreto fine di pubblica utilità, garantendo ai soggetti sponsorizzatori un accredito in termini di immagine e di reputazione nei confronti della collettività che in tempi di crisi rappresenta un'efficace strumento di promozione⁷¹⁹.

e vigilanza ministeriale fino a coprire anche le ipotesi di sponsorizzazione realizzate a livello regionale e locale».

⁷¹⁷ Devono ritenersi validi e vigenti per i contratti di sponsorizzazione i limiti di cui all'art. 43, comma 2, l. 27 dicembre 1997, n. 449 e all'art. 119 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, secondo cui tali contratti devono perseguire l'interesse pubblico e non debbano essere fonte di conflitto d'interessi o causa di danno all'immagine per la pubblica amministrazione. Altre limitazioni specifiche possono desumersi dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui agli artt. 20 e 21 che dispongono in materia di interventi vietati e soggetti ad autorizzazione e di cui all'art. 49 in cui l'attività di promozione contempla anche l'utilizzo di manifesti e cartelloni pubblicitari.

⁷¹⁸ Su tale previsione ha manifestato qualche perplessità S. Gardini, *La sponsorizzazione dei beni culturali come paradigma dinamico di valorizzazione*, cit., 603 ss. la quale ritiene che l'ostacolo maggiore alla realizzazione di iniziative di sponsorizzazione risieda nella modalità con cui le amministrazioni pubbliche attuano le norme dedicate a tale istituto. Tale difficoltà si manifesta ad esempio nel fatto che «(...) nonostante lo stesso art. 120, comma 2, del codice dei beni culturali condizioni la conclusione dell'accordo sponsorizzativo all'adozione di «forme compatibili con il carattere artistico o storico, l'aspetto e il decoro del bene culturale» - la natura spiccatamente economica che caratterizza le operazioni di sponsorizzazione non manca di suscitare forti timori in ordine alla possibile degradazione del patrimonio culturale a mera merce di scambio». Inoltre l'A. pone in evidenza che «La verifica di compatibilità prevista dall'art. 120 è, infatti, estremamente delicata; essa poggia su parametri assai ampi che richiedono una valutazione che va oltre la conservazione materiale del bene e che coinvolge direttamente la sua portata estetico-percettiva ed identitaria, anche nell'ambito del contesto paesaggistico ed ambientale in cui il bene stesso si colloca».

⁷¹⁹ R. Cavallo Perin, G. M. Racca, *Caratteri ed elementi essenziali nelle sponsorizzazioni con le pubbliche amministrazioni*, cit., 583. Su tale aspetto è degna di rilievo l'osservazione formulata da S. Casciu, *Il tema delle sponsorizzazioni/erogazioni liberali dalla parte delle Soprintendenze; difficoltà, equivoci, burocrazia, mentalità*, in *Aedon*, n. 2/2013 che segnala come le Soprintendenze Archeologiche, belle arti e paesaggio abbiano segnalato che i soggetti sponsorizzatori e/o donatori tendano maggiormente ad associare il proprio nome, marchio, prodotto, perlomeno ad opere di una certa rilevanza, mentre sono quasi relegate alla marginalità e

Nella disciplina del Codice dei beni culturali, il legislatore ha regolato in maniera minimale il contratto di sponsorizzazione, permettendo così alla pubblica amministrazione di variare nello specifico, mediante lo strumento contrattuale la fisionomia della sponsorizzazione medesima. Ciò sulla base della fattispecie concreta, prospettando a seconda delle ipotesi, una sponsorizzazione tecnica, in cui lo *sponsor* assume l'onere di curare e finanziare la progettazione e realizzazione totale o parziale dell'intervento, oppure una sponsorizzazione pura, nella quale lo stesso attore assume l'obbligo di erogare il contributo anche mediante accollo per finanziare la realizzazione dell'appalto dovuto altrimenti da parte dell'amministrazione (mentre le prestazioni permangono in capo alla Soprintendenza archeologica, belle arti e paesaggio responsabile⁷⁰⁰), oppure da ultimo una sponsorizzazione mista, che risulta dalla combinazione delle prime due. Se le peculiarità insite nelle sponsorizzazioni culturali, ovvero quelle aventi ad oggetto un bene culturale, impongono sotto un aspetto la necessità di rispettare i limiti previsti nel Codice dei beni culturali, attesa la natura particolare dell'oggetto delle iniziative da realizzare, sotto un altro aspetto quello procedurale finalizzato alla scelta dello *sponsor* privato (dal momento che il Codice dei beni culturali e del paesaggio non prevede alcunché in materia) le stesse devono

all'insignificanza gli interventi su opere minori, che invece spesso abbisognano di opere di manutenzione.

⁷⁰⁰ E' il caso del contratto di sponsorizzazione sottoscritto da Tod's S.p.A. ai fini dell'attività di ristrutturazione del Colosseo a Roma. Invero tale iniziativa di sponsorizzazione nota ai più è stata oggetto di discussione sotto il profilo della quantificazione e la durata dei diritti concessi allo sponsor. Non soltanto ma anche l'*iter* procedurale seguito dall'amministrazione ha guadagnato critiche dal momento che, a seguito dell'infruttuoso svolgimento della procedura diretta alla sponsorizzazione tecnica, il Commissario delegato per la realizzazione degli interventi urgenti nelle aree archeologiche di Roma e Ostia Antica ha scelto di ricorrere ad una procedura negoziata limitatamente a reperire il solo finanziamento delle opere (sponsorizzazione pura). All'esito di tale procedura la stazione appaltante ha sottoscritto il contratto con il *partner* privato selezionato Tod's S.p.A. che prevedeva l'esborso da parte di quest'ultimo di venticinque milioni di euro in cambio della possibilità di sfruttare in via esclusiva l'immagine dell'Anfiteatro Flavio per la durata intera del restauro per i successivi due anni. Tale iniziativa di sponsorizzazione è stata oggetto di specifiche censure da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) nella sua adunanza del 14 dicembre 2011, ha ritenuto opportuno svolgere le seguenti osservazioni ravvisando la difformità tra l'avviso pubblico che prevedeva la sponsorizzazione tecnica e l'accordo poi concluso relativo invece al solo finanziamento ovvero una sponsorizzazione pura. Tale sponsorizzazione non ha, tuttavia, scalfito l'Autorità per la Vigilanza dei Contratti Pubblici (AVCP), la quale ha giudicato conforme a norme di legge la procedura seguita per l'aggiudicazione. Sul caso è insorta poi un contenzioso in sede giurisdizionale sollevato dal Codacons, risolto poi da una sentenza TAR Lazio n. 6028 del 2012 confermato in appello da Cons. St., 31 luglio 2013, n. 4034 che non hanno ravvisato la sussistenza di alcun pregiudizio in capo ai consumatori ritenendo il ricorso inammissibile. (cfr. S. Gardini, *La sponsorizzazione dei beni culturali come paradigma dinamico di valorizzazione*, cit., 604-605). Per un'analisi si veda M. Selo, *L'utilizzo dell'istituto giuridico della sponsorizzazione in materia di beni culturali. Scavi archeologici di Ercolano e Anfiteatro Flavio di Roma, due casi a confronto*, in *Aedon*, n. 3/2014; M. Veronelli, *Sponsorizzazioni culturali: il caso del Colosseo e le novità legislative*, in *Dir. e prat. amm.*, 2012, 84 ss.

necessariamente raccordarsi con le disposizioni di cui al Codice dei contratti pubblici e delle concessioni, in base al quale anche le sponsorizzazioni devono rispettare il principio di concorrenza e trasparenza nell'aggiudicazione⁷²¹.

Le sponsorizzazioni nell'ambito dei beni culturali assumono una determinata rilevanza e una particolare connotazione, quando il soggetto sponsorizzatore assume le vesti di una fondazione bancaria⁷²². La disciplina delle sponsorizzazioni in cui lo sponsor privato è una fondazione bancaria⁷²³ risulta essere differente dall'ipotesi in cui invece il soggetto sponsorizzatore si qualifica come impresa privata o comunque operatore economico. Infatti, nel primo caso lo scopo perseguito mediante l'attivazione di una iniziativa di sponsorizzazione è quello proprio della *mission* istituzionale di un ente fondazionale a carattere bancario, che non corrisponde alla promozione della propria immagine, all'accrescimento della propria visibilità o lo sfruttamento a fini commerciali del proprio marchio, prodotto, attività come invece avviene per gli operatori economici privati, in quanto le fondazioni bancarie non hanno scopo di lucro⁷²⁴. Stando così le cose, come ha osservato autorevole dottrina, non parrebbe essere in presenza di un contratto sinallagmatico, a prestazioni corrispettive di rilevanza economica, in quanto l'interesse vantato dalla fondazione non è di natura economica⁷²⁵. In ogni

⁷²¹ A questo proposito V. Gastaldo, *La valorizzazione dei beni culturali tra mecenatismo e sponsorizzazioni*, cit., 616 ss. ha osservato come «(...) l'art. 19, richiamato dall'art. 151 del nuovo Codice appalti (...) riconduca la sponsorizzazione - per importi superiori ai 40.000 Euro - nella categoria degli appalti esclusi. L'effetto di tale configurazione comporta uno spazio di discrezionalità in capo alla stazione appaltante nel definire le varie clausole e le regole di partecipazione alla competizione, fatta salva la rigorosa applicazione dei principi classici del diritto degli appalti in tema di trasparenza e concorrenza».

⁷²² La letteratura sulle fondazioni bancarie è amplissima, per tutti si veda G. Pagliari, *Le fondazioni bancarie. Profili giuridici*, Milano, 2004.

⁷²³ La vocazione spiccatamente culturale che hanno assunto le fondazioni bancarie è stata rilevata anche tra gli altri da G. Endrici, *Le fondazioni di origine bancaria a sostegno di arte e cultura. Modelli e strumenti operativi*, in *Aedon*, n. 1/2001 secondo cui «La vocazione culturale delle fondazioni ex bancarie è assai più spiccata di quanto non sia quella delle fondazioni di diritto civile, posto che solo il 9,1% di queste ultime è attiva nel settore dei beni culturali. A giustificare lo scarto si possono ipotizzare varie ragioni, a parte la maggiore disponibilità di risorse delle fondazioni bancarie, la relativa facilità di individuazione di obiettivi meritevoli, il sicuro ritorno di immagine di questo tipo di interventi. In particolare, la tendenza naturale a intervenire a favore dei beni culturali e artistici può ricondursi al fatto che gli stessi rappresentano una "fondamentale componente della stessa memoria storica delle comunità locali", e sono quindi fortemente corrispondenti alla dimensione territoriale dell'azione delle fondazioni. La finalizzazione degli interventi nel settore, inoltre, integra gli scopi di utilità sociale con quelli di sviluppo economico, stante che la valorizzazione dei beni culturali costituisce un importante e sicuro motore dell'economia turistica. Arte e cultura rappresentano dunque un campo di intervento che per vari motivi si rivela particolarmente adatto al ruolo, pur flessibile, che è stato affidato alle fondazioni di origine bancaria».

⁷²⁴ In questi termini F. Mastragostino, *Sponsorizzazioni e pubbliche amministrazioni: caratteri generali e fattori di specialità*, cit.

⁷²⁵ M. Cammelli, *Pluralismo e cooperazione*, cit., 191 ss.

caso, anche ammettendo l'inquadramento all'interno dei negozi giuridici sinallagmatici di questa fattispecie, perché l'amministrazione pubblica comunque spenderebbe la propria immagine, il profilo della natura non economica dell'interesse non economico vantato dalla fondazione assume specifica rilevanza e pertanto «(...) il sinallagma in questi casi dovrà essere declinato in modo diverso da quello tradizionale»⁷²⁶. Sulla natura del contratto di sponsorizzazioni concluso dalle fondazioni bancarie, si è prospettata la sua prossimità al contratto di donazione, considerata la natura e la *mission* dei soggetti *sponsor*, ovvero le fondazioni bancarie le quali hanno subito la trasformazione in persone giuridiche di diritto privato ad opera del d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153, e secondo la Corte Costituzionale⁷²⁷ mantengono una vocazione di enti aventi compiti di carattere generale purché non venga vulnerato il principio di libertà sociale che le caratterizza. Ciò anche se talvolta in misura minoritaria e assolutamente recessiva è stata prospettata ad opera della giurisprudenza amministrativa, l'assimilazione delle fondazioni alle pubbliche amministrazioni, ancorché limitatamente alla disciplina inerenti accesso agli atti o la loro qualificazione quali organismi di diritto pubblico ai fini dell'assoggettamento alla disciplina dei contratti pubblici⁷²⁸. Stante ciò, è stato rilevato che, la selezione dello *sponsor* che riveste la qualifica di fondazione bancaria potrebbe non essere assoggettata al rispetto dei principi europei ai fini della scelta del contraente da parte delle pubbliche amministrazioni che riguardano solo i contratti a titolo oneroso sul versante del soggetto pubblico, e che sono sorrette dalla necessità di tutelare la concorrenza tra operatori economici che competono nel mercato, e dall'esigenza di conseguire un risparmio di risorse per l'amministrazione pubblica. Se lo *sponsor* è una fondazione bancaria tali presupposti verrebbero a decadere perché essa non opera sul mercato ed inoltre il contratto di sponsorizzazione non prevedrebbe la spendita di risorse finanziarie pubbliche⁷²⁹.

Talune criticità in ordine all'assetto legislativo della sponsorizzazione sono state evidenziate dalla Corte dei Conti in un recente indagine recante *Iniziativa di*

⁷²⁶ M. Cammelli, *Le sponsorizzazioni tra evidenza pubblica ed erogazione*, cit.

⁷²⁷ Cfr. C. Cost., 29 settembre 2003, n. 301.

⁷²⁸ Cfr. TAR, Lazio, Sez. I, 31 luglio 2007, n. 7283, non confermata in appello da Cons. St., Sez. V, 7 marzo 2008, n. 1008. In senso contrario si veda Cons. St., Sez. VI, 3 marzo 2010, n. 1255.

⁷²⁹ G. Fidone, *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, cit.

*partenariato pubblico-privato nei processi di valorizzazione dei beni culturali*⁷³⁰. Tale indagine sembra imputare lo scarso ricorso a tale forma contrattuale nel settore dei beni culturali, ad una lacuna anche normativa che rinvia all'esigenza imprescindibile per le amministrazioni pubbliche che vogliono porre in essere contratti di sponsorizzazione di procedere ad una corretta monetizzazione della rilevanza dell'immagine pubblica. Tale operazione diventa prodromica, infatti, alla fissazione del corrispettivo da corrispondere all'amministrazione pubblica, quale soggetto sponsorizzato, da parte dello *sponsor*. E' stato osservato che tali valutazioni non possono essere demandate alla pubblica amministrazione, in quanto spesso neppure dotate di un adeguato apparato di supporto tecnico e non possono nemmeno però parimenti essere rimesse alle dinamiche negoziale del mercato, in quanto il soggetto pubblico si porrebbe in un'ottica di svantaggio in termini di potere contrattuale di fronte al soggetto privato determinando una situazione intrinsecamente squilibrata nella fase di contrattazione. La Corte indaga i profili ostativi che frenano la capillare diffusione di un siffatto modello di collaborazione pubblico-privato in un settore quello dei beni culturali così vulnerato da esigenze di drastica riduzione della spesa pubblica nell'attuale contingenza della finanza pubblica. L'organo pubblico di controllo rileva che «le sponsorizzazioni nel settore dei beni culturali evidenziano, anzitutto, la carenza dei contenuti contrattuali, in particolare sotto il profilo della valutazione economica della controprestazione offerta dall'amministrazione, che rappresenta elemento fondamentale ai fini della determinazione della prestazione dello sponsor, sia essa pecuniaria ovvero di dare o di *facere*; in secondo luogo, una posizione di debolezza a contrattare dell'amministrazione, che non è dotata degli strumenti per verificare e ottimizzare il valore derivante dall'abbinamento del nome, del marchio, dell'immagine o del prodotto di un'impresa a un bene o a un'iniziativa culturale». Tale intervento si pone in continuità con quanto aveva già rilevato, in precedenza, la dottrina relativamente alla vicenda della sponsorizzazione del Colosseo a Roma, in cui era emerso con evidenza che il problema fondamentale del contratto di sponsorizzazione, ruotasse intorno alla valutazione circa l'adeguatezza del prezzo della sponsorizzazione medesima⁷³¹. Il

⁷³⁰ Cfr. C. Conti, Sez. centr. contr., *Iniziative di partenariato pubblico-privato nei processi di valorizzazione dei beni culturali*, 4 agosto 2016, n. 8/2016/G, in www.corteconti.it

⁷³¹ In dottrina F. Merusi, *Art. 26, Contratti di sponsorizzazione*, in G. Morbidelli, G. Ferrari (diretto da), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2013, 357 ha rilevato come la vera questione fosse «(...) se il prezzo della sponsorizzazione dovesse essere rapportato all'utilità

monito conclusivo della Corte, che assume quale interlocutore *naturaliter* il legislatore, raccomanda un intervento in sede legislativa che tenga conto delle peculiarità delle sponsorizzazioni culturali. Da questo punto di vista vi è chi ha manifestato contrarietà rispetto al cammino legislativo intrapreso sinora dal legislatore nel campo delle sponsorizzazioni pubbliche, con riferimento alla scelta di semplificare le procedure che con l'apparente intento di alleggerire gli oneri burocratici per le amministrazioni pubbliche connessi alla selezione dello *sponsor*, in realtà mira alla decostruzione delle regole necessarie a garantire una scelta in termini di affidamento idonea al rispetto delle regole di un mercato concorrenziale. La contrarietà riguarda anche la lacuna normativa lasciata in ordine ad un intervento di ausilio per pubbliche amministrazioni, al fine di poter costruire un rapporto sponsorizzativo equilibrato e adeguatamente sostenibile e non come spesso accade concluso sotto l'influenza dell'esigenza di puro soddisfacimento di bisogni di natura finanziaria della pubblica amministrazione⁷³².

Accanto alle sponsorizzazioni, l'altra forma di coinvolgimento di attori privati nel settore dei beni culturali, è rappresentata dalle erogazioni liberali, c.d. mecenatismo (o sponsorizzazione interna o *patronage*⁷³³). Tale strumento costituisce in molti Paesi un utile strumento per raccogliere e integrare risorse da parte di soggetti privati per finanziare attività di tutela, valorizzazione e gestione del patrimonio culturale, reso possibile ed anzi incentivato grazie soprattutto ad un meccanismo di agevolazione fiscale che assiste dette elargizioni in denaro. Nel corso degli anni sempre più imprese private hanno scelto di destinare una quota del proprio bilancio, a favore di soggetti pubblici, mediante l'erogazione di contributi economici, destinati al sostegno, al restauro alla valorizzazione del patrimonio culturale. Il tratto che distingue e differenzia la sponsorizzazione dall'erogazione liberale risiede nel fatto che il soggetto finanziatore dell'attività di sostegno, restauro, valorizzazione dei beni culturali non consegue alcun vantaggio economico quale corrispettivo dato dalla pubblicizzazione della sua figura si soggetto donatore⁷³⁴. Il tratto pertanto che discrimina tra sponsorizzazione e

pubblicitaria secondo i criteri di calcolo elaborati nell'ambito degli studi di finanza aziendale e ormai correntemente praticati nelle sponsorizzazioni fra i privati contraenti oppure alla valutazione soggettiva del contraente pubblico».

⁷³² In questi termini V. Giomi, *La complessa figura delle sponsorizzazioni nel settore pubblico*, cit., 354 ss.

⁷³³ Cfr. M. Ainis, M. Fiorillo, *L'ordinamento della cultura*, Milano, 2015, 239

⁷³⁴ Infatti, secondo l'art. 5 comma 3, della l. 21 novembre 2000, n. 342 possono essere considerate erogazioni liberali anche quelle che diano luogo ad un ringraziamento pubblico del soggetto pubblico beneficiario dell'elargizione al soggetto finanziatore.

mecenatismo rinvia al ruolo corrispettivo o meno che viene ad assumere la prestazione prevista a vantaggio del soggetto che s'impegna a finanziare o comunque a supportare l'attività dell'altro soggetto⁷³⁵. All'interno della categoria delle erogazioni liberali possono essere individuate due fattispecie, da un lato la donazione modale⁷³⁶ e dall'altra il negozio giuridico modale, che si distinguono in base ad un criterio soggettivo, nel primo caso il finanziatore è perlopiù una persona fisica mentre nel secondo caso è perlopiù una persona giuridica⁷³⁷. Nel settore dei beni culturali operare una distinzione tra sponsorizzazione e mecenatismo non è sempre agevole, in quanto il *nomen iuris* della prima è stato utilizzato anche per rapporti non prevedevano una effettiva corrispettività delle prestazioni, e parimenti anche il mecenatismo è stato talvolta visto quale espressione di operazioni che presupponevano un ritorno economico per il soggetto donatore, non eventuale bensì in via diretta⁷³⁸.

In dottrina⁷³⁹ è stata sinteticamente ricostruita una triplice modalità in termini di attuazione delle erogazioni liberali: innanzitutto essa può avvenire mediante l'elargizione di un contributo in denaro con uno scopo prefissato, assumendo così la forma della donazione modale che un soggetto elargisce ad una pubblica amministrazione che dovrà successivamente porre in essere l'intervento a cui era

⁷³⁵ P. Ungari, *Il mecenatismo nella legge sull'Art bonus*, in G. Morbidelli, A. Bartolini (a cura di), *L'immateriale economico nei beni culturali*, Torino, 2016, 48 ss. secondo cui l'area entro la quale opera l'evidenza pubblica nel mecenatismo, risulta ridotta da un'interpretazione secondo la quale «(...) se l'applicabilità della disciplina pro-concorrenziale della sponsorizzazione è legata all'esistenza di una controprestazione da parte dell'Amministrazione, ciò non dipende tanto da una caratteristica intrinseca di tale prestazione (...) bensì dalla circostanza che detta prestazione risulti economicamente apprezzabile, cioè significativa per gli interessi commerciali del soggetto donante e dei suoi potenziali concorrenti, e come tale potenzialmente contendibile sul mercato».

⁷³⁶ Sulla donazione modale si vedano tra gli altri V. Barba, *La donazione a termine*, in G. Bonilini (diretto da), *Trattato delle successioni e delle donazioni*, vol. VI, Milano, 2009; U. Carnevale, *La donazione modale*, Milano, 1969; G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, in A. Ferrucci, C. Ferrentini (a cura di), Milano, 2009; G. Bonilini, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2010;

⁷³⁷ Si veda V. Gastaldo, *La valorizzazione dei beni culturali tra mecenatismo e sponsorizzazioni*, cit., 626 ad avviso della quale «(...) questa distinzione, seppure rilevante dal punto di vista civilistico, non comporta alcuna differenza di trattamento ai fini del regime amministrativo e fiscale delle due fattispecie. In entrambi i casi, infatti, è esclusa in radice la qualificabilità del rapporto come sponsorizzazione e, quindi, l'applicabilità delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici, mentre è pacifica la possibilità di beneficiare delle previste agevolazioni fiscali».

⁷³⁸ Così P. Ungari, *Il mecenatismo nella legge sull'Art bonus*, cit., 46 ss. secondo cui in definitiva «(...) non è tanto l'onerosità o la corrispettività della prestazione assicurata dall'amministrazione, quanto piuttosto la natura (commerciale, lucrativa o no) del donante che fa la differenza, ed introduce la necessità di valutare, caso per caso, in relazione alla posizione del donante ed alle caratteristiche della prestazione, se questa rappresenti sostanzialmente una controprestazione e se sia economicamente (...) significativa. Tanto da rendere il negozio, formalmente (apparentemente) non oneroso e dominato da una causa di liberalità, assimilabile ad una vera e propria sponsorizzazione».

⁷³⁹ Cfr. R. Chieppa, *Il nuovo regime delle erogazioni liberali e delle sponsorizzazioni: il settore dei beni culturali e l'intervento delle fondazioni*, in *Aedon*, n. 2/2013.

preordinata la donazione effettuata⁷⁴⁰. In secondo luogo è configurabile una erogazione liberale mediante l'assunzione di un obbligo consistente in un *facere*, la c.d. donazione obbligatoria⁷⁴¹, in cui il soggetto donante assume la posizione di debitore del soggetto che riceve la donazione. Infine è possibile anche che si materializzi un'erogazione liberale attraverso il pagamento di fatture per prestazioni rese nei confronti della pubblica amministrazioni, configurandosi in tale caso un'ipotesi di accollo di debito da regolare mediante apposito strumento convenzionale. Nell'ambito delle erogazioni liberali, se è valido assumere a criterio quello della natura del soggetto donante, allora si distinguerà se tale natura si caratterizza per essere senza scopo di lucro oppure con scopo lucrativo. Nel primo caso si parlerebbe di donazione modale a titolo gratuito mentre nel secondo caso si tratterebbe di una donazione che assomma problemi analoghi a quelli di una sponsorizzazione, sotto il profilo dell'assicurazione di una qualche forma di concorrenzialità nella scelta del soggetto benefattore⁷⁴².

Negli ultimi anni si è fatto strada una nuova modalità di donazione, il c.d. *crowdfunding* che individua un fenomeno partecipativo e collaborativo mediante il quale una pluralità di persone apportano conferimenti consistenti in somme di denaro da destinare al finanziamento di progetti o iniziative di vario genere. In particolare nel settore dei beni culturali ha trovato spazio anche in maniera non sporadica nel nostro Paese, il c.d. *civic crowdfunding*, consistente in iniziative collaborative da parte di una pluralità di persone, associazioni, società per il finanziamento di opere pubbliche, sia in autonomia sia in *partnership* con l'amministrazione pubblica interessata. In questo fenomeno cooperativo si realizza una significativa forma di amministrazione condivisa, in ossequio al principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, in cui i soggetti della relazione sono da un lato l'amministrazione pubblica e dall'altro i cittadini singoli o associati, in cui l'oggetto è individuato nello svolgimento di attività d'interesse

⁷⁴⁰ La norma di riferimento è l'art. 793 cod. civ. che regola la donazione modale, e la pubblica amministrazione beneficiaria dell'elargizione dovrà approntare una convenzione conclusa per atto pubblico al fine di regolare gli scopi della donazione. Inoltre il soggetto pubblico dovrà sottoporre alle norme sull'evidenza pubblica gli interventi da effettuare con la somma ricevuta a titolo di donazione.

⁷⁴¹ Sulla donazione obbligatoria si veda tra tutti G. Bonilini, *La donazione costitutiva di obbligazione*, in Id. (diretto da), *Trattato delle successioni e delle donazioni*, vol. VI, Milano, 2009 663.

⁷⁴² P. Ungari, *Il mecenatismo nella legge sull'Art bonus*, cit., 50.

generale ed infine dove la sussidiarietà assurge a parametro regolativo della relazione⁷⁴³.

La principale ragione per la quale le erogazioni liberali hanno guadagnato spazio e legittimità nelle politiche pubbliche a favore dei beni culturali, è dovuta essenzialmente alle agevolazioni sul piano fiscale accordate dal legislatore a tali iniziative⁷⁴⁴. Il primo provvedimento intervenuto sul regime fiscale dei beni culturali è sicuramente la l. 2 agosto 1982, n. 512⁷⁴⁵ che ha incoraggiato le sponsorizzazioni introducendo la deducibilità delle erogazioni medesime in denaro a favore dello Stato o di altre istituzioni pubbliche o private per l'acquisto, la manutenzione, la protezione o il restauro di beni d'interesse artistico o storico nonché per organizzare mostre e esposizioni (art. 3)⁷⁴⁶. A tale legge è da ricollegare anche l'art. 43, l. 27 dicembre 1997, n. 449 che ha previsto la possibilità per le amministrazioni pubbliche di stipulare contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione con soggetti privati e associazioni prive di scopo di lucro ai fini della realizzazione di una migliore qualità dei servizi. Nel panorama legislativo a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 512/1982, eccettuata la predetta legge del 1997, non sono stati approvati altri significativi provvedimenti, se non nel 2000 in materia di agevolazione fiscale⁷⁴⁷. Senonché, l'inescusabile ritardo accumulato

⁷⁴³ V. Galardo, *La valorizzazione dei beni culturali tra mecenatismo e sponsorizzazioni*, cit., 627 ss.

⁷⁴⁴ Nella legislazione vigente, oltre alla recente introduzione dell'Art bonus, si ricordano le discipline degli artt. 15 e 100 del Testo unico delle imposte sui redditi (TUIR) di cui al d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917. Tali disposizioni consentono agevolazioni sul piano fiscale per le persone fisiche e per gli enti non commerciali con riguardo a spese dettagliatamente definite sostenute nel settore dei beni culturali. Inoltre si rammenta anche la misura del 5 per mille dell'imposta sui redditi delle persone fisiche destinata a discrezione del contribuente al finanziamento delle attività di tutela, promozione e valorizzazione dei beni culturali e paesaggistici, ai sensi dell'art. 23 comma 46 del d.l. 6 luglio 2011, n. 98 convertito con modificazioni dalla l. 15 luglio 2011, n. 111.

⁷⁴⁵ Sulla legge n. 512/1982 si vedano M. Ainis, M. Fiorillo, *I beni culturali*, cit., 1080 ss; S. Foa, *La gestione dei beni culturali*, Torino, 2001; R. Tamiozzo, *La legislazione dei beni culturali e ambientali*, Milano, 1998, 179 ss.

⁷⁴⁶ Si veda M. Ainis, M. Fiorillo, *I beni culturali*, cit., 1485 ss. secondo cui la sponsorizzazione trovava senza dubbio radici solide nel dettato costituzionale. Infatti «accanto al principio pluralista, che esclude ogni forma di monopolio pubblico nella promozione dell'arte e della scienza, può citarsi il valore della solidarietà sociale - quale si desume essenzialmente dagli artt. 2,3, 4 cost. - che a sua volta funzionalizza i comportamenti individuali al perseguimento di obiettivi d'interesse collettivo; oppure la più generale libertà di disporre del proprio patrimonio, sancita dall'art. 41». Sui principi costituzionali che orientano la sponsorizzazione si veda P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero e libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, in G. Clemente di San Luca (a cura di), *Tutela, promozione e libertà dell'arte in Italia e negli Stati Uniti*, Milano, 1990.

⁷⁴⁷ Si allude all'art. 38 della l. 21 novembre 2000, n. 342 recante "Misure in materia fiscale" nota anche come "collegato fiscale". Come ha ricordato L. Zanetti, *Gli strumenti di sostegno alla cultura tra pubblico e privato: il nuovo assetto delle agevolazioni fiscali al mecenatismo culturale*, in *Aedon*, n. 2/2001, «(...) si può dire le disposizioni dell'art. 38 introducano nel nostro sistema tributario la possibilità di dedurre dal reddito imponibile l'importo delle donazioni in denaro effettuate a favore di soggetti privati non profit e di enti pubblici, e rivolte al sostegno di iniziative

dall'Italia nel varo di una specifica disciplina legislativa concernente il mecenatismo, è stato parzialmente recuperato con l'introduzione dell'art. 1 del d.l. 31 maggio 2014, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 29 luglio 2014, n. 106, che ha visto l'affacciarsi nel nostro panorama normativo di una significativa agevolazione fiscale a favore del mecenatismo in ambito culturale, il c.d. *Art bonus*. Il testo iniziale dell'art. 1 prevedeva, in via temporanea, un credito d'imposta iniziale pari al 65% delle erogazioni liberali effettuate dopo il 2013 e pari al 50% per quelle effettuate dopo il 2015 superando così la dicotomia prevista dalle norme del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR), d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, che riconosce una detrazione pari al 19% alle persone fisiche ed una deduzione dalla base imponibile alle persone giuridiche. La l. 28 dicembre 2015, n. 208 c.d. Legge di Stabilità 2016⁷⁸ all'art. 1 comma 318 ha stabilizzato e reso permanente tale agevolazione fiscale nella misura del 65% dell'importo oggetto di donazione in favore di chi effettua tale elargizioni a favore del patrimonio culturale pubblico. Al successivo comma 319, la stessa legge, ha stanziato per agevolare il ricorso a tale misura complessivamente 35,2 mln di euro per il quadriennio 2017-2020. La conferma di tale misura di defiscalizzazione, operata dalla Legge di Stabilità 2016, ha permesso al nostro Paese di avvicinarsi ad altri Paesi europei in tema di politiche fiscali a sostegno della cultura, quali Francia e Regno Unito⁷⁹, tendendo a rendere attrattivo il settore dei beni culturali in particolare alle medie e grandi imprese. Inoltre la stabilizzazione di tale misura fiscale contribuisce a diminuire la distanza tra tutela e valorizzazione, per lungo tempo sbilanciata a favore della prima, incentivando l'intervento dei soggetti privati in via indiretta a favore della valorizzazione degli istituti della cultura

in materia di beni culturali e di spettacolo; o meglio, che tali disposizioni prevedano tale possibilità di deduzione in termini assai ampi, anziché limitati a ipotesi specifiche, come già accadeva. Ciò con una importante precisazione: la disciplina in esame riguarda le erogazioni operate dalle imprese, mentre trascura le liberalità concesse dagli enti non imprenditoriali oppure dai privati cittadini. E' soprattutto l'ultima esclusione a risultare assai rilevante, poiché comporta che l'intera area del cosiddetto "mecenatismo diffuso" rimanga estranea all'ambito di applicazione della disciplina qui considerata».

⁷⁸ Per un commento alla Legge di Stabilità 2016 sotto il profilo delle politiche a favore dei beni culturali si veda C. Carmosino, *La legge di stabilità per il 2016 - I beni culturali: misure di urgenza e interventi di sistema*, in *Giorn. dir. amm.*, n.2/2016, 177 ss.

⁷⁹ Sulle misure adottate in Francia si vedano Y. Nicolas, *Pratique locales de mécénat culturel*, in *Culture études*, n. 4/2009, 1 ss.; R. Fohr, *Essor et enjeux du mécénat culturel*, in *La Revue du trésor*, n. 5/2008. Sulle politiche nel Regno Unito si vedano S. Pellizzari, *Il ruolo dei privati e la tutela del patrimonio culturale nell'ordinamento giuridico inglese: un modello esportabile*, in *Aedon*, n. 1/2010.

pubblici⁷⁵⁰. Le ragioni che hanno condotto all'introduzione di questa misura fiscale sono molteplici: innanzitutto non si può non rilevare che lo Stato abbia deciso di invertire la rotta praticata negli ultimi decenni recuperando un'impostazione, ovvero quella di considerare il mecenatismo e la leva fiscale come strategici per le politiche culturali, propria delle l. n. 512/1982 poi abbandonata negli anni successivi. Un'altra ragione di portata più ampia è quella della necessità di colmare un ritardo cronico in termini legislativi sulla regolazione del rapporto tra pubblico e privato per anni fondata su una relazione bilaterale (tra soggetti privati titolari di beni culturali vincolati e lo Stato che esercita le prerogative di tutela) faticando invece a riconoscere interazioni trilaterale che potessero vedere anche il coinvolgimento di imprese o di soggetti mecenati. Da ultimo, il c.d. *Art bonus* riconosce il patrimonio culturale non appena quale complesso di cose o oggetti bensì quale patrimonio di soggetti, di istituti, musei, archivi, biblioteche, teatri⁷⁵¹. Le fattispecie previste dall'*Art bonus* sono tre: in primo luogo vi sono le erogazioni liberali in denaro effettuate per interventi di manutenzione, protezione e restauro di beni culturali pubblici⁷⁵². In secondo luogo è stata prevista una possibilità innovativa, ovvero quella di effettuare donazioni finalizzate al sostegno di istituti e luoghi della cultura di appartenenza pubblica. Infine sono previste erogazioni liberali in denaro destinate alla realizzazione di nuove strutture, al restauro e consolidamento di quelle esistenti delle fondazioni lirico-sinfoniche o di altri enti o istituzioni pubbliche senza scopo di lucro che operano prevalentemente nel settore dello spettacolo⁷⁵³. Con riferimento all'utilizzo di tali risorse ottenute mediante le erogazioni liberali è previsto un regime normativo improntato alla trasparenza e alla pubblicità, con obblighi specifici gravanti sui beneficiari di dette erogazioni liberali⁷⁵⁴. Come ricordato, il c.d. *Art bonus* trova

⁷⁵⁰ In tema si veda C. Barbati, *Lo spettacolo nel decreto "Art bonus". Conferme e silenzi*, in *Aedon*, n. 3/2014.

⁷⁵¹ Così L. Casini, *Valorizzazione e gestione*, in AA.VV., *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017, 236.

⁷⁵² Tale ipotesi già prevista all'art. 15 lett. h) e art. 100 lett. f) del TUIR con detrazione limitata al 19% è stata ampliata grazie all'*Art bonus* passando così al credito d'imposta del 65%.

⁷⁵³ Anche quest'ultima ipotesi era già contemplata all'art. 15 lett. i) e all'art. 100 lett. g) del TUIR.

⁷⁵⁴ I soggetti beneficiari delle erogazioni liberali sono le pubbliche amministrazioni, cioè il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, le Regioni, i Comuni, le Province, le Città Metropolitane e le altre amministrazioni statali. Sono parimenti beneficiari le fondazioni lirico-sinfoniche e i teatri di tradizione, gli enti o le istituzioni pubbliche che senza scopo di lucro svolgono attività di spettacolo, gli istituti e i luoghi di cultura pubblici ovvero i Musei, le biblioteche, gli archivi le aree e i parchi archeologici ed i complessi monumentali. Tali soggetti hanno l'obbligo, in base a quanto prevede il comma 5 dell'art. 1 del d.l. n. 83/2014, di comunicare mensilmente al Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo l'ammontare delle erogazioni ricevute, le quali devono risultare anche dal sito web istituzionale nell'ambito di una

applicazione limitatamente ai beni culturali di proprietà pubblica, ma ciò non significa che i beni culturali privati non siano assistiti da alcuna previsione in materia in quanto restano vigenti le preesistenti misure⁷⁵⁵ anche prima dell'introduzione del c.d. *Art bonus* che parte della dottrina avrebbe voluto esteso anche ai beni culturali di proprietà privata o comunque di pubblico interesse⁷⁵⁶. È stato segnalato che, attraverso questa misura di defiscalizzazione, il legislatore abbia inteso esplicitare un *favor* per la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale pubblico che da un lato rafforza il legame tra la collettività e il territorio con i beni e gli istituti e dall'altro induce le pubbliche amministrazioni a migliorare la propria organizzazione, a ricercare soggetti donatori e mecenati e a scegliere con estrema attenzione e precisione quali interventi promuovere⁷⁵⁷. È stato paventato anche il rischio di una progressiva sostituzione delle risorse ordinarie che vanno diminuendo con mezzi finanziari privati che provengono dall'esterno a diverso titolo (di erogazione liberale o di sponsorizzazione), configurando un assetto in cui l'intervento privato potrebbe non essere più considerato come integrativo bensì sostitutivo, rispetto a quello pubblico invariato che tende a ridursi⁷⁵⁸. Pertanto, dal momento che la fruizione pubblica del patrimonio culturale è la ragion d'essere dello suo statuto giuridico peculiare, è facilmente intuibile che le scelte in ordine a tale fruizione, che si traducono in atti di valorizzazione potrebbero discostarsi quanto ad interessi da perseguire da quelli propri dei soggetti privati, specie se operanti in forma d'impresa. Ciò in quanto

pagina dedicata e devono risultare accessibili parimenti in un apposito portale facilmente accessibile gestito dal Ministero medesimo. Dal 2015 il Ministero ha demandato mediante apposita convenzione con Arcus S.p.A. ora denominata Ales S.p.A, il compito di attuare il c.d *Art Bonus* agevolando le donazioni e curando la pubblicazione dei risultati.

⁷⁵⁵ A questo proposito R. Lupi, *L'Art bonus come sovvenzione pubblica in forma di "credito d'imposta"*, in *Aedon*, n. 3/2014 rileva come gli enti privati, e soprattutto le imprese si avvalgono di altre misure previste nella disciplina tributaria, quali ad esempio gli oneri di utilità sociale di cui all'art. 100 del TUIR oppure anche di altri strumenti quali le sponsorizzazioni di cui all'art. 120 del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

⁷⁵⁶ In tema C. Carosino, *La legge di stabilità per il 2016 - I beni culturali: misure di urgenza e interventi di sistema*, cit. auspica che la misura del c.d. *Art bonus* venga in futuro estesa anche ai beni culturali di proprietà privata, ampliando così il proprio ambito oggettivo di applicazione. Anche per V. Gastaldo, *La valorizzazione de beni culturali tra mecenatismo e sponsorizzazioni*, cit., 633 sarebbe preferibile «(...) incentivare iniziative di valorizzazione del patrimonio culturale non solo pubblico, ma anche privato con finalità di pubblico interesse nonché promuovere maggiormente esperienze di successo nell'ambito dell'arte contemporanea».

⁷⁵⁷ Di questo avviso è L. Casini, *Valorizzazione e gestione*, in AA.VV, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017, 236.

⁷⁵⁸ In questo senso si veda G.D. Comporti, *Sponsorizzazioni ed erogazioni liberali*, in *Aedon*, n. 2/2015. Anche M. Cammelli, *La riga prima della prima riga: ovvero ragionando su Art Bonus e dintorni*, in *ivi*, n. 3/2014, ha ravvisato il rischio che tale misura di defiscalizzazione possa diventare una semplice partita di giro in rapporto alla fiscalità generale, potendo comportando ulteriori riduzioni in danno delle attività ordinarie nel settore culturale.

l'utilità economica dei singoli soggetti privati può non corrispondere a quella propria della cultura. Resta pertanto necessario e più che mai urgente per l'amministrazione pubblica recuperare un forte ruolo di regia «(...) per verificare l'allineamento tra tutela, valorizzazione economica e valorizzazione culturale ed evitare disallineamenti o impropri trasferimenti di ricchezza»⁷⁵⁹.

4.4. La valorizzazione culturale mediante accordi ed altre forme di collaborazione pubblico-privato.

Il legislatore, nel Codice dei beni culturali, esprime un evidente *favor* per l'adozione di moduli consensuali. Il quadro normativo inerente tali moduli, è stato definito agli artt. 112 e 113 che prevedono forme di integrazione, partecipazione e liberalizzazione alla valorizzazione dei beni rispettivamente di appartenenza sia pubblica sia privata⁷⁶⁰, disegnando un assetto della valorizzazione dei beni culturali che si affranca da un approccio pubblicistico e unilaterale⁷⁶¹. In particolare, al comma 4 dell'art. 112, così come riscritto dal d.lgs. 24 marzo 2006, n. 156, prevede la possibilità per lo Stato, le regioni e gli altri enti locali di concludere accordi «(...) per definire strategie ed obiettivi comuni di valorizzazione, nonché per elaborare i conseguenti piani strategici di sviluppo culturale e i programmi, relativamente ai beni culturali di pertinenza pubblica». Tale previsione, ad avviso della dottrina, ha cristallizzato il principio consensualistico, quale chiave di lettura coerente ed unitaria per le attività di valorizzazione dei beni culturali.

L'ambito soggettivo di applicazione della norma di cui all'art. 112, si riferisce principalmente alle pubbliche amministrazioni e prevede un possibile ruolo anche per i privati. Per questi ultimi in particolare la disposizione non

⁷⁵⁹ G. Severini, *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, in *Riv. giur. edil.*, 2015, 333 ss secondo cui «Il principio fondamentale è che vi è una valorizzazione culturale dei beni culturali che è subordinata alla loro tutela, ma è sovraordinata alla valorizzazione economica. Quando i tre elementi sono bene allineati, il risultato è senz'altro virtuoso e queste forme divengono un'importante risorsa sussidiaria, specialmente in tempi di restrizioni della spesa pubblica».

⁷⁶⁰ L'art. 113 dedicato alla valorizzazione dei beni culturali di proprietà privata prevede che le attività e le strutture di valorizzazione, ad iniziativa privata, di beni culturali di proprietà privata possano beneficiare del sostegno pubblico da parte dello Stato, delle regioni e degli altri enti pubblici territoriali. Le modalità della valorizzazione sono stabilite con accordo da stipularsi con il soggetto proprietario, possessore o detentore del bene in sede di adozione della misura di sostegno.

⁷⁶¹ Sul metodo consensuale quale principio che informa il Codice dei beni culturali e del paesaggio si veda G. Pastori, *Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazione in atto e tendenze*, in *Aedon*, n. 3/2004. Secondo L. Zanetti, *La valorizzazione dei beni culturali di appartenenza pubblica (art. 112)*, in *ivi*, n. 1/2004, l'art. 112 esprimerebbe «(...) quell'aspirazione alla

individua una categoria precisa di soggetti privati, limitandosi al richiamo generale alla categoria. Pertanto vengono in rilievo soggetti privati, che siano accomunati dalla circostanza di disporre di beni culturali oggetto della valorizzazione (comma 4) e «(...) persone giuridiche private senza fine di lucro anche quando non dispongano di beni culturali che siano oggetto della valorizzazione» (comma 8). Gli accordi tra enti pubblici territoriali, a cui possono partecipare anche soggetti privati (oltretutto degli enti pubblici non territoriali, *in primis* quelli che godono di autonomia funzionale come le università, nonostante il silenzio della norma in questione sul punto) rappresentano una delle più significative manifestazioni della dinamica cooperativa e collaborativa prevista dalla disciplina inerente la valorizzazione dei beni culturali. Tali accordi in base al comma 4 sono stipulati «(...) su base regionale o subregionale, in rapporto ad ambiti territoriali definiti» e hanno carattere eventuale, secondo quanto dispone il comma 6, perché «(...) in assenza degli accordi (...), ciascun soggetto pubblico è tenuto a garantire la valorizzazione dei beni di cui ha comunque la disponibilità». Per quanto concerne il ruolo dei privati nell'ambito di detti accordi, la norma in commento consente ai privati che risultino titolari di beni culturali, non la possibilità di stipulare accordi com'era prima dell'adozione del d.lgs. n. 156/2006, bensì di accordare il consenso alla sottoposizione dei propri beni alle iniziative di valorizzazione. Nemmeno i soggetti *non profit*, a prescindere dalla loro titolarità di beni culturali, sono parimenti abilitati a concludere accordi, ma soltanto ammessi ad essere presenti all'intero degli organismi deputati all'elaborazione e allo sviluppo delle iniziative di valorizzazione. Nel silenzio della norma, in ordine al regime giuridico è possibile ricondurre, ad avviso della dottrina, i presenti accordi da un lato alle norme di carattere generale sugli accordi tra pubbliche amministrazioni, di cui all'art. 15 della l. n. 241/1990⁷⁶², nonché tra soggetti pubblici e privati di cui all'art. 11 della medesima legge. Dall'altro è possibile ricondurre gli accordi alle norme di carattere speciale sugli accordi di programma

concertazione che finora si era tradotta in enunciati di principio più che nella predisposizione di strumenti operativi».

⁷⁶² Cfr. R. Ferrara, *Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 688 secondo cui la riconduzione degli accordi di cui al comma 4 dell'art. 112 alla previsione generale degli accordi tra pubbliche amministrazioni di cui all'art. 15 della l. n. 241/1990, consentirebbe l'inserimento anche di soggetti privati titolari di beni culturali nell'ambito dell'azione concertativa, in quanto incisi dall'azione amministrativa della valorizzazione. Ciò a condizione che la norma specifica o l'amministrazione pubblica coinvolta lo prevedano, in quanto ritengano tale coinvolgimento dei privati, discrezionalmente utile ai fini del migliore soddisfacimento dell'interesse pubblico, a dispetto della previsione letterale della norma stessa che pare escluderlo.

art. 34 d.lgs. n. 267/2000⁷⁶³ e sulla programmazione negoziata di cui all'art. 2 commi 203 ss. della l. 23 dicembre 1996, n. 662⁷⁶⁴. Altra dottrina, invece, attesa la peculiarità che riveste il settore dei beni culturali, ha preferito ritenere codificata una particolare fattispecie di accordo culturale funzionalmente e strutturalmente autonomo, ancorché riconducibile allo schema giuridico di cui all'art. 15 della l. n. 241/1990⁷⁶⁵. Al comma 5, il Codice prevede la facoltà per lo Stato, a mezzo del Ministero competente e delle altre amministrazioni centrali, le regioni e gli enti territoriali, di costituire «(...) nel rispetto delle vigenti disposizioni, appositi soggetti giuridici cui affidare l'elaborazione e lo sviluppo dei piani» oggetto degli accordi e aprendo alla possibilità di partecipazione a detti soggetti anche dei soggetti privati delle due fattispecie anzidette (soggetti titolari di beni culturali e soggetti non profit ancorché privi di detti beni (comma 8)⁷⁶⁶. Il Codice non dettaglia quale sia la natura di tali soggetti di programmazione culturale, né tantomeno individua criteri utili a selezionare i relativi componenti. Secondo autorevole dottrina, la costituzione di tali soggetti è ascrivibile nell'ambito dell'alveo dei PPP istituzionali e privi di rilevanza economica⁷⁶⁷. Da ultimo anche il comma 9, anch'esso riformulato ad opera dell'art. 2 del d.lgs. 26 marzo 2008, n. 62, disciplina le ipotesi in cui anche a prescindere dagli accordi e dagli organismi riguardanti i piani di valorizzazione, i medesimi enti pubblici predetti e i «privati interessati» stipulano accordi nonché costituiscono «forme consortili non imprenditoriali per la gestione di uffici comuni» per operare in materia di «servizi

⁷⁶³ La partecipazione di soggetti privati all'accordo di programma, così come definito all'art. 34 del d.lgs. n. 267/2000 è formalmente esclusa perché trattasi di istituto riservato agli attori istituzionali pubblici, anche se una risalente pronuncia del giudice amministrativo di primo grado aveva consentito l'apporto contributivo dei privati limitatamente alla fase istruttoria dell'accordo di programma escludendolo categoricamente nella fase della stipulazione e relegando così tale apporto partecipativo ad un livello informale (cfr. TAR Lazio, Sez. I, 20 gennaio 1995, n. 62)

⁷⁶⁴ A favore dell'appartenenza degli accordi di cui all'art. 112 comma 4 tra gli strumenti di programmazione negoziata si veda G. Severini, *Art. 112*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, 857.

⁷⁶⁵ Così S. Gardini, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, cit., 411

⁷⁶⁶ Circa la missione e la struttura di tali soggetti L. Zanetti, *Art. 112*, in Marco Cammelli (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007, 446 ha precisato che per quanto concerne il primo aspetto la norma parla in modo laconico di «elaborazione e sviluppo dei piani» oggetto degli accordi, che non spiega se si fa riferimento all'ideazione oppure anche all'attuazione di detti piani anche se si ritiene che si debba leggere la norma in senso estensivo si da classificare l'attività svolta quale servizio pubblico, ancorché la dottrina ne abbia prospettato la funzione meramente strumentale. Per quanto attiene, invece, al secondo aspetto si ritiene che tali soggetti debbano essere costituiti nel rispetto delle norme vigenti, e quindi l'*intentio legis* del legislatore non è quella di introdurre una nuova fattispecie organizzativa, bensì di rinviare a quelle già esistenti nell'ordinamento. *In primis* si tratterà delle figure previste dal codice civile ma non devono essere escluse anche altre forme più pubblicistiche come quelle disciplinate dal d.lgs. n. 267/2000 (Testo Unico Enti Locali).

⁷⁶⁷ In questi termini si veda G. Severini, *Art. 112*, cit., 859.

strumentali comuni destinati alla fruizione e alla valorizzazione di beni culturali». Inoltre è possibile stipulare per i medesimi soggetti accordi «(...) con le associazioni culturali o di volontariato, dotate di adeguati requisiti, che abbiano per statuto finalità di promozione e diffusione della conoscenza dei beni culturali». Emerge con chiarezza che l'attività si configura quale servizio strumentale, piuttosto che servizio pubblico. Appare poco chiaro invece se gli accordi e/o i consorzi debbano regolare l'attività come risulta dal dettato normativo, oppure erogarla come si potrebbe desumere dal coinvolgimento dei soggetti privati. Appurare tale dubbio sarebbe utile al fine di capire se trattasi di misure di organizzazione o di programmazione, come sarebbe nella prima ipotesi, oppure se, invece, trattasi di appalti come sarebbe nella seconda ipotesi. Inoltre per completare la trattazione della norma in commento il legislatore ha posto il conseguimento di quanto previsto nella totale invarianza delle risorse sia strumentali sia finanziarie disponibili a legislazione vigente. All'indubbia rilevanza che il legislatore ha deciso di accordare alle previsioni dell'art. 112 non corrisponde, secondo quanto sostiene autorevole dottrina⁷⁶⁸, una corrispondente applicazione. Dal punto di vista formale, il rilievo riconosciuto al disposto dell'art. 112, che delinea sia cooperazione interistituzionale pubblico-pubblico sia pubblico-privato, si manifesta anche nella crescente importanza assunta dalla valorizzazione, in particolare sotto il profilo delle relazioni con il governo del territorio e parimenti si evince nel sistema di concertazione articolato in una triplice fase (strategica, di programmazione specifica o pianificazione, gestione), che delinea, dopo le modifiche di cui al d.lgs. n. 156/2006, un assetto di cooperazione non più fondato solo sulle relazioni verticali tra i diversi livelli di governo ma che si estende alla creazione di un sistema integrato di valorizzazione aperto alla partecipazione dei soggetti privati. Dal punto di vista attuativo, invece, l'assetto prospettato ne esce parzialmente sminuito o comunque attenuato (ancorché abbia rappresentato la base per numerosi interventi) non soltanto perché vi sono esempi che si pongono fuori da tale disciplina e che rimandano a discipline speciali, come le fondazioni di partecipazione pubblico-private (v. *infra* par. 4.5) ma perché la disposizione di cui all'art. 112, non ha conseguito le finalità che si era prefissato. Ciò è stato dovuto, da un lato alla scarsa propensione degli apparati amministrativi a conformarsi all'articolazione di dette fasi procedurali

⁷⁶⁸ Si veda M. Cammelli, *Cooperazione*, cit., 293 ss.

atte a realizzare iniziative di valorizzazione e dall'altro, soprattutto, alla mancata adozione del regolamento ministeriale di cui al comma 7 dell'art. 112, finalizzato alla costituzione di soggetti giuridici cui affidare la fase di elaborazione e specificazione dei piani strategici di sviluppo e del caso il conferimento, ai sensi dell'art. 115, di beni culturali in uso e gestione.

L'art. 115 del medesimo Codice, si occupa di approntare una disciplina al tema delle forme di gestione delle attività di valorizzazione dei beni culturali di pubblica appartenenza. La dottrina si è da subito divisa tra chi leggeva tale disposizione in senso rigoroso, ritenendo attività di valorizzazione solo quelle da intendersi in senso stretto⁷⁶⁹, e chi invece sposava un approccio più estensivo annoverando tra le attività di valorizzazione, tutte quelle attività gestionale largamente intese⁷⁷⁰. La disposizione prevede la gestione, sia in forma diretta sia in forma indiretta, nel primo caso essa secondo quanto dispone il comma 2 viene svolta «(...) per mezzo di strutture organizzative interne alle amministrazioni, dotate di adeguata autonomia scientifica, organizzativa, finanziaria e contabile (...). Le Amministrazioni possono procedere alla gestione diretta anche nelle forme della società consortile pubblica». Tale forma di gestione rappresenta, ad avviso di autorevole dottrina, una chimera nei fatti, a fronte di risorse finanziarie pubbliche sempre più ridotte e attesa l'esigenza di rispettare i cogenti obblighi e obiettivi di finanza pubblica⁷⁷¹. Nel secondo caso, ovvero in caso di gestione indiretta il comma 3, a seguito degli interventi legislativi di cui al d.lgs. n. 156/2006 e n. 62/2008, disciplina la gestione indiretta a mezzo di concessione (traslativa e non costitutiva) a soggetti terzi delle attività di valorizzazione anche in forma congiunta o integrata, da parte di amministrazioni pubbliche o degli appositi soggetti giuridici partenariali, di cui all'art. 112 comma 5⁷⁷². I soggetti concessionari dovranno essere selezionati ad esito di procedure ad evidenza pubblica⁷⁷³, non meglio precisate se non per il riferimento alla «valutazione

⁷⁶⁹ S. Foa, *Commento all'art. 115*, in M. Cammelli (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007, 452.

⁷⁷⁰ P. Carpentieri, *Commento all'art. 115*, in R. Tamiozzo (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Decreto legislativo 22 gennaio 2004. n. 42*, Milano, 2005, 506.

⁷⁷¹ G. Severini, *Art. 115*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, 877.

⁷⁷² Prima degli interventi legislativi del 2006 e del 2008 la gestione indiretta avveniva in base a quanto prevedeva il Codice, tramite affidamento diretto oppure tramite concessione a soggetti terzi.

⁷⁷³ Le procedure ad evidenza pubblica adottate per gli affidamenti di tali concessioni, rispondono a consolidate indicazioni e ricostruzioni provenienti tanto dalla dottrina (Cfr. P. Carpentieri, *Commento all'art. 115, cit.*, 518) quanto dalla giurisprudenza sia costituzionale (C. Cost., 15

comparativa» degli «specifici progetti» presentati. In base a quanto dispone il comma 5 dell'art. 115 ed i rapporti intercorrenti tra questi ultimi e le pubbliche amministrazioni, cui pertengono i beni culturali oggetto delle iniziative di valorizzazione, dovranno essere regolati da appositi contratti di servizio, nel quale saranno definiti i livelli di erogazione dei servizi, i poteri di indirizzo, vigilanza e controllo spettanti all'amministrazione pubblica. I «Servizi per il pubblico» di cui al comma 2 dell'art. 117, che comprendono tipologie di servizi (trattasi di elenco esemplificativo e non esaustivo) molto eterogenei che vanno dall'ambito commerciale al settore della conservazione fino ad assolvere a funzioni di tutela a valenza culturale, debbano essere gestiti secondo le forme diretta ed indiretta di cui al citato art. 115 e quindi possono essere anche oggetto di concessione⁷⁷⁴. Tali servizi possono essere gestiti in forma integrata con altri servizi, quali la pulizia, la vigilanza, la biglietteria che invece vengono affidati mediante contratto di appalto e non attraverso concessione in quanto sono strumentali all'amministrazione e non al pubblico.

Nell'ambito dei beni culturali assume una specifica rilevanza l'istituto degli accordi con le fondazioni bancarie, disciplinato all'art. 121 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, e che possono essere ricondotti alle forme speciali di partenariato di cui all'art. 151 comma 3 del Codice dei contratti pubblici e delle concessioni⁷⁷⁵. In base alla previsione di cui al citato art. 121, il Ministero dei beni e delle attività culturali, le regioni e gli altri enti pubblici territoriali possono concludere anche congiuntamente protocolli d'intesa con le fondazioni bancarie, le quali perseguono scopi di utilità sociale nel settore dell'arte e delle attività dei beni culturali, «(...) al fine di coordinare gli interventi di valorizzazione sul patrimonio culturale e, in tale contesto, garantire l'equilibrato impiego delle risorse finanziarie messe a disposizione». Infine la previsione termina con un richiamo alla parte pubblica che «(...) può concorrere, con proprie risorse finanziarie, per garantire il perseguimento degli obiettivi dei protocolli di intesa». La disposizione di cui all'art. 121, rimasta inalterata anche a seguito degli interventi di riforma del biennio 2006-2008, assolve fundamentalmente ad una

dicembre 2008, n. 439; 20 novembre 2009, n. 307; 17 novembre 2010, n. 325) sia amministrativa (Cons. St., Sez. VI, 26 settembre 2003, n. 5500; Cons. St., Sez. V, 26 agosto 2009, n. 5082).

⁷⁷⁴ D. Vaiano, *Commento all'art. 115*, in G. Trotta, G. Caia, N. Aicardi (a cura di), *Le nuove leggi civili commentate - Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lg. 22 gennaio 2004, n. 42)*, Padova, 2005, 1459.

⁷⁷⁵ Cfr. nota circolare prot. n. 17461 del 9 giugno 2016, Ufficio Legislativo, Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, in www.beniculturali.it

funzione promozionale, fondata sullo stimolo di collaborazione e coordinamento tra settore pubblico e fondazioni bancarie, nell'ottica della realizzazione di interventi di valorizzazione del patrimonio culturale. La norma rappresenta, infatti, ad un tempo il presupposto e la conseguenza delle relazioni tra le erogazioni delle fondazioni bancarie e la promozione di azioni a tutela del patrimonio culturale⁷⁷⁶. Le fondazioni bancarie hanno subito la trasformazione in persone giuridiche di diritto privato ad opera del d.lgs. 17 maggio 1999, n. 153, in attuazione della l. 23 dicembre 1998, n. 461 c.d. legge "Ciampi". Tuttavia, il semplice dato formale imposto dalla norma non è stato in grado subito di convincere del tutto circa l'effettiva natura privata di tali enti, generando un'instabilità giuridica, confermata dal tentativo di "ripubblicizzare" le fondazioni con l'approvazione della legge 28 dicembre 2001, c.d. Legge Finanziaria 2002⁷⁷⁷. Le sentenze n. 300 e 301 del 2003 della Corte costituzionale, censurando quanto della riforma del 2001 andava a ledere – irrimediabilmente - l'autonomia propria alle fondazioni, hanno posto sostanzialmente termine alla querelle sulla natura giuridica delle fondazioni bancarie, suggellandone l'appartenenza ai soggetti dell'«organizzazione delle libertà sociali» e sottolineandone l'estraneità a qualunque funzione pubblica⁷⁷⁸. Le fondazioni bancarie si presentano ad oggi quali enti di diritto privato, che esplicano la loro azione nell'ambito del principio di sussidiarietà orizzontale⁷⁷⁹, laddove si prevede che i privati possano svolgere funzioni di interesse pubblico, senza che per questo debbano essere considerati come enti pubblici e senza che la loro attività si risolva in una supplenza dell'azione dello Stato o degli enti locali⁷⁸⁰. L'esplicito richiamo al principio di

⁷⁷⁶ M. Cammelli, *Pluralismo e cooperazione*, cit., 192

⁷⁷⁷ Attraverso tale legge, all'art. 11 sono state apportate rilevanti modifiche alla c.d. Legge "Ciampi" alterandone l'essenza fondata da un lato, sulla natura privatistica delle fondazioni, dall'altro, sull'autonomia gestionale delle medesime.

⁷⁷⁸ Sulla natura delle fondazioni bancarie si vedano tra gli altri, M. Cammelli, *Art. 121*, in Id. (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007, 485 ss.; G. Morbidelli, *Le attività delle fondazioni tra diritto pubblico e diritto privato*, in G. Cerrina Feroni (a cura di), *Fondazioni e banche. Modelli ed esperienze in Europa e negli Stati Uniti*, Torino, 2011, 1 ss.; B. Caravita Di Toritto, *Le fondazioni di origine bancaria come formazioni sociali*, in *Federalismi.it*, 2008, 4, per il quale «viene dissipato qualsiasi dubbio sulla natura giuridica di tali enti; le fondazioni bancarie diventano persone giuridiche private e la normativa speciale deve essere intesa come lo "strumento" per traghettarle dagli originari istituti di credito alla categoria delle fondazioni».

⁷⁷⁹ M. Cammelli, *Art. 121*, cit., 486 ha rilevato che la sentenza della Corte Costituzionale n. 301/2003 ha chiarito che «(...) le funzioni svolte dalle fondazioni nei settori «ammessi» non possono in alcun modo essere qualificate come «pubbliche funzioni», ma come attività «socialmente rilevanti, diverse, pur se complementari e integrative, di quelle affidate ai pubblici poteri», il che comporta la piena coerenza con il principio di sussidiarietà (c.d. orizzontale) dell'art. 118, comma 4 (...)».

⁷⁸⁰ In effetti in ragionamento seguito presenta talune analogie con quello che ha ispirato la Corte Costituzionale (Cfr. Corte Cost. 24 marzo 1988, n. 396) a riconoscere la natura privata delle IPAB,

sussidiarietà orizzontale suggerisce inevitabilmente l'esigenza di addivenire ad una sinergia tra pubblici poteri e attori privati in ambito sociale per concorrere a individuare le esigenze e le istanze che emergono come prioritario nel territorio e così sostenere nella collaborazione e secondo i rispettivi ruoli le iniziative che rispondono più adeguatamente alle prime. La disposizione recata all'art. 121 del Codice dei beni culturali e del paesaggio si rivolge al settore pubblico (Ministero, regioni, enti territoriali) invitandoli a svolgere una funzione di raccordo e coordinamento con quanto predisposto o pianificato dalla fondazioni e di sostegno alle iniziative pattuite in sede di intesa con tali soggetti privati. Non mancano, tuttavia, profili problematici riferibili a tale norma, che essenzialmente possono essere due: il primo attiene ad un sistema di fondazione bancarie, che a livello nazionale registrano una diffusione fortemente disomogenea a livello territoriale, con quasi il novanta per cento degli enti fondazionali collocati nella parte settentrionale del Paese. Tale sistema non rispecchia, infatti, la diffusione dei beni culturali, che invece registrano un criterio di distribuzione sul territorio nazionale più omogeneo. Se si considera che le fondazione a livello statutario hanno l'obbligo di operare a favore delle proprie comunità e dei propri territori di riferimento, ciò determina inevitabilmente una asimmetria e una sperequazione macroscopiche, in termini di interventi coordinati a favore dei beni culturali. L'altro profilo, è relativo ai settori nei quali sono chiamate ad operare le fondazioni universitarie, in cui emerge un disallineamento tra l'art. 121 in esame, che si riferisce alle fondazioni bancarie che «(...) statutariamente perseguono scopi di utilità sociale nel settore dell'arte e delle attività e beni culturali (...)» ed il sistema delle aree d'intervento delle fondazioni medesime dettate all'art. 11 comma 2 e 3 della l. n. 448/2001 che prevede la scelta «ogni tre anni» dei settori «rilevanti» (tra quelli «ammessi»), che può essere demandata non necessariamente allo statuto, ma anche all'organo amministrativo d'indirizzo che non preclude in ogni caso all'ente fondazionale di operare anche in altri settori «ammessi». Stante il dato letterale dell'art. 121, che renderebbe inapplicabile la collaborazione tra pubblico e privato nell'ambito degli interventi effettuati dalle fondazioni su altri settori (ovvero quelli «ammessi», non inseriti nello statuto), tale problema è stato

(cfr. M. E. Boschi, *Fondazioni bancarie e società strumentali*, in *Dir. econ.*, n. 4/2010, 675) Tuttavia tale analogia non terrebbe conto del fatto che le Casse di Risparmio (da cui originano le fondazioni) avevano acquisito già alla fine dell'Ottocento un preminente carattere creditizio sicché ai tempi della c.d. "legge Amato", le funzioni di utilità sociale delle Casse erano solamente

risolto mediante l'emanazione del regolamento previsto dall'art. 11 comma 14 delle l. n. 448/2001, che all'art. 2 comma 2 ha equiparato, di fatto, la scelta in ordine ai settori rilevanti, fatta in sede statutaria a quella extra-statutaria. Infine, è emerso anche ulteriore profilo di problematicità che riguardava il rapporto tra la periodicità della scelta, un triennio, inerente la scelta dei settori rilevanti di intervento ad opera delle fondazioni, e la praticabilità concreta del principio di auto-coordinamento delle fondazioni medesime, le quali potrebbero trovarsi alla scadenza di tale periodo impegnate in settori diversi da quelli scelti in precedenza. Nei fatti il rimedio adottato è stata la sottoscrizione degli accordi di cui all'art. 121, per una durata non superiore ai tre anni. Quest'ultima criticità segnala in ogni caso la necessità di trovare un equilibrio possibile in termini di coordinamento tra il settore pubblico e la libertà delle fondazioni bancarie di esercitare la propria autodeterminazione in termini di scelta di aree e ambiti d'intervento anche per il settore dei beni culturali, in quanto soggetti dinamici, flessibili, fortemente territorializzati, equidistanti tra il settore pubblico e quello privato, e che interpretano il loro ruolo sempre di più integrando l'apporto collaborativo dei privati nel rispetto delle prerogative dei pubblici poteri⁷⁸¹. Il fenomeno delle fondazioni bancarie ad avviso di autorevole dottrina costituisce in definitiva «(...) il volano più imponente ed efficace di integrazione delle risorse pubbliche nelle politiche di tutela e valorizzazione del patrimonio storico-artistico della Nazione»⁷⁸².

4.5. Le Fondazioni culturali pubblico-private e le società di cultura: il caso Biennale di Venezia.

Il tema della costituzione di fondazioni per la gestione di beni e servizi culturali e di società di capitale aventi oggetto culturale, si ricollega direttamente ad un'opzione di politica legislativa che ha persuaso il legislatore nell'intento di

«serventi» all'esercizio del credito (Cfr. M. Clarich e A. Pisaneschi, *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, Bologna, 2001, 117).

⁷⁸¹ G. Endrici, *Le fondazioni di origine bancaria a sostegno di arte e cultura. Modelli e strumenti operativi*, cit., ad avviso della quale «La novità delle fondazioni non sta solo o tanto nella peculiarità di figura giuridica, qualificata in termini privatistici, ma fortemente funzionalizzata dalla normativa regolatrice, quanto nell'inedito ruolo di protagonista sul territorio, in posizione, per così dire, equidistante tra pubblico e privato; recettiva ma anche propositiva; erogativa ma anche di possibile catalizzatore di risorse. Ed è proprio la possibilità di giocare su piani diversi la ricchezza - questa volta non economica - delle fondazioni di origine bancaria».

perseguire e curare al meglio gli interessi pubblici. Data la finalità pubblicistica degli interessi sottesi alla costituzione di tali enti che originano però nel diritto privato, il legislatore ha ritenuto di istituire e disciplinare fondazioni “speciali” o “di diritto amministrativo”. La prima comparsa in ambito culturale di tali soggetti giuridici, si deve allo spunto offerto dall’art. 11, comma 1, lett. a) della l. 15 marzo 1997, n. 59 c.d. Legge Bassanini, avente ad oggetto la delega al Governo per la razionalizzazione dell’ordinamento dei Ministeri nonché il riordino degli «enti pubblici nazionali operanti in settori diversi dalla assistenza e previdenza, le istituzioni di diritto privato e le società per azioni, controllate direttamente o indirettamente dallo stato, che operano, anche all’estero, nella promozione e nel sostegno pubblico al sistema produttivo»⁷⁸³, nell’ambito più generale di opera di rivisitazione complessiva del procedimento di conferimento di competenze amministrative in capo allo Stato, alle Regioni ed agli enti locali. Tale delega al governo, è stata sfruttata soprattutto per introdurre nell’ordinamento nuove figure soggettive, con la finalità di esternalizzare alcune funzioni amministrative tradizionalmente riservate direttamente ai pubblici poteri, anche se in realtà come ha ravvisato autorevole dottrina in realtà si è trattato di privatizzazione formale, che in realtà non intaccava la sostanza pubblica degli enti costituiti, e quindi non realizzava alcuna esternalizzazione⁷⁸⁴.

⁷⁸² Così P. Barrera, *Art. 121*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, 918.

⁷⁸³ In virtù di tale delega e ai sensi dell’abrogato d.lgs. n. 368/1998 sono stati trasformati in fondazione di diritto privato, soggetti pubblici che operavano in ambito culturale tra i quali il Centro sperimentale di cinematografia nella fondazione «Scuola nazionale di cinema» (d.lgs. 18 novembre 1997, n. 426), l’Istituto Nazionale per il Dramma Antico (con d.lgs. 29 gennaio 1998, n. 20) della Triennale di Milano (con d.lgs. 20 luglio 1999, n. 273) e della Biennale di Venezia inizialmente trasformata in persona giuridica privata (con d.lgs. 29 gennaio 1998, n. 19) con il nome di «Società di cultura La Biennale di Venezia» e successivamente in fondazione (con d.lgs. 8 gennaio 2004, n. 1), del Museo nazionale della scienza e della tecnica “Leonardo Da Vinci” trasformato anch’esso in fondazione con d.lgs. 20 luglio 1999, n. 258. Sulla privatizzazione degli enti di cultura, degna di nota è la sorte degli enti lirici. L’art. 2, commi da 57 a 59, della l. 28 dicembre 1995, n. 549, recante «Misure di razionalizzazione della finanza pubblica», ha delegato l’esecutivo a provvedere alla privatizzazione degli enti musicali di prioritario interesse nazionale. A ciò ha fatto seguito il d.lgs. 29 giugno 1996, n. 367, recante «Disposizioni per la trasformazione degli enti che operano nel settore musicale in fondazioni di diritto privato», preordinato a disciplinare gli enti operanti nel settore musicale, enti autonomi lirici, istituzioni concertistiche assimilate, altri enti operanti nel settore della musica, del teatro e della danza, identificati sulla base di criteri previamente definiti dal Ministro dei beni e delle attività culturali, i quali, ai sensi dell’art. 1, «devono trasformarsi in fondazioni di diritto privato»; Tali fondazioni sono finalizzate a perseguire «senza scopo di lucro, secondo quanto dispone l’art. 3, la diffusione dell’arte musicale, per quanto di competenza la formazione professionale dei quadri artistici e l’educazione musicale della collettività».

⁷⁸⁴ Di questo avviso è F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 447 ss. secondo cui «Si può constatare la contemporaneità, per ironia della sorte, o dei corsi e ricorsi storici, di due accadimenti, entrambi posti sotto il segno della privatizzazione: nel mentre gli enti pubblici a fondo di dotazione associativo sparivano nell’ambito di una delle

Per quanto concerne i soggetti costituiti nell'ambito della gestione dei beni culturali, la delega di cui alla l. n. 59/1997 ha costituito la base giuridica per istituire e disciplinare la fondazione per la gestione dei beni e dei servizi culturali prevista dal d.lgs. 20 ottobre 1998, n. 368 («Istituzione del Ministero per i beni e le attività culturali, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59»). A norma dell'art. 10 di tale decreto legislativo, poi modificato e successivamente abrogato, al Ministero era riconosciuta la possibilità tra le altre di «costituire o partecipare ad associazioni, fondazioni o società secondo modalità e criteri definiti con regolamento emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400»⁷⁸⁵. Inoltre la stessa previsione al comma 2 aveva disposto che al patrimonio delle associazioni, delle fondazioni e delle società il Ministero potesse partecipare anche mediante il conferimento in uso di beni culturali avuti in consegna⁷⁸⁶. Tra queste fattispecie giuridiche, quella che ha avuto maggiore successo nell'ambito dell'attività di gestione e valorizzazione di beni e servizi culturali è sicuramente quella della fondazione⁷⁸⁷ cui hanno fatto ricorso soprattutto gli enti locali⁷⁸⁸.

principali manifestazioni degli anni trenta (negli enti pubblici creditizi) per realizzare una privatizzazione effettiva, ricomparivano nelle fondazioni del settore culturale (gli enti lirici e le fondazioni derivate dalla c.d. legge Bassanini) per realizzare una privatizzazione apparente».

⁷⁸⁵ In tema si veda E. Bruti Liberati, *Il ministero fuori dal ministero (art. 10 del d.lg. 368/1998)*, in *Aedon*, n.1/1999; Id., *Pubblico e privato nella gestione dei beni culturali*, in *ivi*, n. 3/2001.

⁷⁸⁶ Ciò allo scopo di conseguire alcuni obiettivi, individuati dall'art. 2 del d.m. 27 ottobre 2001, n. 491 recante «Regolamento recante disposizioni concernenti la costituzione e la partecipazione a fondazioni da parte del Ministero per i beni e le attività culturali a norma dell'articolo 10 del decreto legislativo 20 ottobre 1998, n. 368 e successive modificazioni», quali «a) acquisizione di risorse finanziarie sufficienti a garantire un'adeguata conservazione dei beni culturali conferiti; b) miglioramento della fruizione pubblica dei beni culturali conferiti, garantendone nel contempo l'adeguata conservazione; c) integrazione delle attività di gestione e valorizzazione dei beni culturali conferiti con quelle riguardanti i beni conferiti

dagli altri partecipanti alla fondazione, incrementando nel territorio di riferimento i servizi offerti al pubblico,

migliorandone la qualità e realizzando economie di gestione». Per conseguire tali finalità le fondazioni potranno avvalersi ai sensi di quanto dispone l'art. 11 comma 1 del medesimo regolamento dei «a) i redditi del patrimonio; b) contributi ed assegnazioni, anche a titolo di sponsorizzazione, di soggetti privati, italiani e stranieri; c) i proventi di gestione; d) altre entrate, derivanti dall'esercizio delle attività indicate nei commi 2 e 3».

⁷⁸⁷ S. Foà, *Il regolamento sulle fondazioni costituite e partecipate dal ministero per i beni e le attività culturali*, in *Aedon*, n. 1/2002 secondo il quale «(...) tra gli strumenti giuridici annoverati dall'art. 10 del d.lg. 368 del 1998 il più funzionale all'attività di gestione dei beni culturali è la fondazione, mentre la società di capitali si addice ad attività di carattere imprenditoriale finalizzate ad acquisire risorse finanziarie, e l'associazione può essere utilizzata per la esternalizzazione di attività strumentali rispetto alla gestione del bene o per l'erogazione di attività di promozione culturale».

⁷⁸⁸ All'art. 113-bis del d.lgs. n. 267/2000 (TUEL), ora abrogato perché dichiarato costituzionalmente illegittimo dalla Corte Costituzionale, con sentenza 13-27 luglio 2004, n. 272, era previsto che i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica sono gestiti mediante affidamento diretto a istituzioni, aziende speciali, anche consortili, società *in house* e per quanto concerneva i servizi culturali era data possibilità agli enti locali di procedere «(...) all'affidamento diretto dei servizi

La disciplina relativa alla costituzione e partecipazione a fondazioni, è stata disciplinata dal Ministero dei beni e delle attività culturali, attraverso l'adozione di apposito regolamento di cui all'art. 10, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 368/1998. Tale regolamento entrato in vigore con l'emanazione del d.m. 27 novembre 2001, n. 491 ribadisce all'art. 1 che il medesimo Ministero è abilitato a costituire fondazioni, aventi personalità giuridica di diritto privato, oppure a parteciparvi qualora esse siano già costituite «allo scopo di perseguire il più efficace esercizio delle proprie funzioni e, in particolare, della gestione e valorizzazione di beni culturali e della promozione delle attività culturali»⁷⁸⁹. La fondazione delineata da detto regolamento ministeriale, che pare non dettare norme derogatorie rispetto alla disciplina civilistica del codice ma piuttosto integrativa di esso, risulta essere privata soltanto sul piano formale⁷⁹⁰. La fondazione, costituita ai sensi di detto regolamento, è soggetta all'attività di vigilanza del Ministero, che si esplica innanzitutto nell'esercizio di alcuni poteri alquanto pervasivi. Tali sono definiti all'art. 13 e constano dell'adozione di atti di indirizzo di carattere generale nei confronti dell'attività della fondazione medesima, per definire i criteri ed i requisiti relativi alla partecipazione di soggetti privati alla fondazione, per stabilire i criteri che presiedono alla selezione dei componenti degli organi di amministrazione, per decidere i parametri di adeguatezza circa le spese di funzionamento dell'ente stesso. I poteri in capo all'autorità ministeriale

culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni da loro costituite o partecipate». Sul ricorso frequente al modulo fondazionale da parte degli enti locali si veda Cfr. F. Manganaro, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 2014, 75 che sottolinea come la fondazione in particolare quella di partecipazione rappresenta l'istituto giuridico che «(...) è stato spesso utilizzato soprattutto dagli enti locali per la gestione di servizi culturali, coinvolgendo gli stessi fruitori del servizio (ad esempio, gli abbonati agli spettacoli teatrali in una fondazione per la gestione di un teatro; gli amanti dell'arte in una fondazione per la gestione di un museo civico)».

⁷⁸⁹ Si veda in tema S. Foà, *Il regolamento sulle fondazioni costituite e partecipate dal ministero per i beni e le attività culturali*, cit.; G. Morbidelli, *Le fondazioni per la gestione dei beni culturali*, in *www.giustamm.it*, n. 1/2006; S. De Gotzen, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011, 240. Per quanto concerne le fondazioni lirico-sinfoniche, si veda V. Cerulli Irelli, *Le fondazioni lirico-sinfoniche come organizzazioni pubbliche in forma privatistica*, in *Aedon*, n.3/2012, mentre per le diverse tipologie di fondazioni costituite da enti pubblici, F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, cit., 447 ss.; F. Manganaro, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, cit., 45 ss.

⁷⁹⁰ In questo senso si sono espressi sia S. Foà, *Il regolamento sulle fondazioni costituite e partecipate dal ministero per i beni e le attività culturali*, cit. che ha rilevato come «(...) nel caso di fondazioni di diritto privato a prevalente partecipazione pubblica, non si può invocare un fenomeno di privatizzazione, ma la semplice utilizzazione da parte della pubblica amministrazione di strumenti di diritto privato, aperti alla partecipazione di soggetti terzi, per garantire la soddisfazioni di interessi pubblici di riferimento» sia G. Morbidelli, *Le fondazioni per la gestione dei beni culturali*, in S. Raimondi, R. Ursi (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*,

contemplano anche la possibilità di effettuare ispezioni e di esercitare il potere di annullamento *ex art. 25 c.c.*, fino al potere di sospensione *pro tempore* degli organi di amministrazione e di controllo della fondazione ed alla prerogativa, di cui all'art. 14, ovvero quella di disporre in ordine all'estinzione dell'ente stesso.

La fondazione quale ente di gestione dei beni e servizi culturali è stata richiamata, anche nella disciplina originaria del Codice dei beni culturali e del paesaggio, che all'art. 115 individuava forme di gestione diretta e indiretta, intendendosi quest'ultima attuata, anche mediante il modello della fondazione accanto ad altri soggetti giuridici di matrice privatistica. Tale forma indiretta di gestione in cui l'ente fondazionale diveniva un soggetto affidatario è stata successivamente espunta dalle medesime previsioni del Codice. Ora, infatti, quest'ultimo prevede l'attuazione della gestione in forma indiretta unicamente a mezzo di affidamento tramite concessione a terzi, anche in forma integrata o congiunta, mediante procedure ad evidenza pubblica, delle attività di valorizzazione da parte dell'amministrazione cui i beni appartengono oppure dai soggetti giuridici appositamente costituiti ai sensi del comma 5 dell'art. 112 qualora risultino soggetti conferitari dei beni stessi⁷⁹¹. A seguito di tale modifica, operata dall'art. 2 comma 1 del d.lgs. n. 156/2006, si potrebbe pertanto sostenere che le fondazioni miste pubblico-private, possano essere annoverate tra gli "appositi soggetti giuridici" di cui al citato comma 5 dell'art. 115, che passerebbero così dall'essere un soggetto affidatario a diventare un soggetto affidante della gestione dell'attività di valorizzazione⁷⁹².

Torino, 2006, 91 ss. il quale rileva come «(...) le fondazioni ex dm. n. 491 hanno tutti i connotati degli enti pubblici».

⁷⁹¹ In dottrina vi è stato chi come S. De Gotzen, *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, cit., 240 ha ritenuto interessante osservare come «(...) il modello della fondazione di diritto speciale sia in questo settore, recessiva, con preferenza, per la gestione indiretta, per lo strumento della concessione».

⁷⁹² Di questo avviso T. Pontello, *Partenariato pubblico-privato istituzionalizzato: le fondazioni per la gestione di beni e servizi culturali e le società di capitali ad oggetto culturale*, in M.P. Chiti (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009, 328 che si domanda se tale limitazione apposta alla gestione indiretta dei servizi culturali non implichi tra le forme di gestione diretta anche quella degli "appositi soggetti giuridici" di cui al comma 5 dell'art. 112, «(...) cosicché, se da una parte sono diminuite le cause di gestione da parte di soggetti esterni (quali le fondazioni) in qualità di soggetti affidatari, sono verosimilmente destinate ad aumentare le ipotesi di gestione - in questo caso diretta - da parte dei medesimi enti in qualità di soggetti costituiti ai sensi e per gli effetti del citato art. 112, comma 5, Codice beni culturali». In senso conforme anche G. Manfredi, *La "Fondazione La Grande Brera", il partenariato e la panacea di tutti i mali*, in *Aedon*, n. 2/2014 secondo cui «(...) anche il silenzio dell'art. 115 del Codice può dunque essere letto nel senso della ammissibilità della gestione tramite partenariati, e quindi, per quanto qui interessa, anche tramite le fondazioni miste. Il che trova appunto una conferma nel richiamo fatto nell'art. 8 del d.l. n. 83 al decreto n. 491/2001: richiamo che presuppone la persistente vigenza di questo regolamento, e la persistente generale ammissibilità della gestione tramite fondazioni».

Vi sono pertanto due tipologie di fondazioni, nell'ambito dell'attività di valorizzazione dei beni e dei servizi culturali: da un lato quelle di origine pubblica, di cui all'art. 10 d.lgs. n. 368/1998 per via di molteplici indici rivelatori della pubblicità primo fra tutti il ruolo significativo del Ministero dei beni e delle attività culturali, in ordine alla organizzazione e gestione con la possibilità di esercitare un penetrante ed onniscente controllo ministeriale sull'attività della fondazione (a dispetto della menzione che ne fa l'art. 1 del d.m. n. 491/2001 che le qualifica come soggetti dotati di personalità giuridica di diritto privato) alcune delle quali hanno assunto la forma di fondazioni di partecipazione. Dall'altro vi sono le fondazioni non disciplinate dal suddetto regolamento ministeriale, istituite ai sensi del comma 5 dell'art. 112 del Codice dei beni culturali e del paesaggio che rivestono invece personalità giuridica di diritto privato⁷⁹³.

Sistematizzando il quadro giuridico concernente le dinamiche collaborative strutturali, nell'ambito della gestione dei beni e dei servizi culturali, non si può non rilevare un paradosso, che la dottrina ha definito essere decisamente surreale, con riguardo non tanto alla collaborazione pubblico-privata, bensì alla legittimazione del Ministero dei beni e delle attività culturali di partecipare a soggetti di diritto privato. Infatti, della disciplina giuridica vecchia, inerente le fondazioni il d.lgs. n. 368/1998, risulta vigente soltanto il regolamento ministeriale, di cui al d.m. n. 491/2001, perché il primo che lo prevedeva è stata abrogato, mentre con riferimento alla disciplina nuova di cui al Codice dei beni culturali e del paesaggio, art. 115 comma 5 è vigente soltanto la norma, ma il regolamento non è mai stato adottato, «(...) con il risultato che non ci si può riferire né alla norma legislativa antecedente, perché non c'è più, né a quella successiva, perché pur vigente non può essere applicata per mancanza del richiesto regolamento»⁷⁹⁴. In linea teorica non sono assenti riferimenti normativi che potrebbero permettere di superare il problema, primo fra tutti il richiamo alla generale capacità di diritto privato, ovvero la legittimazione all'utilizzo della veste privatistica da parte delle pubbliche amministrazioni, di cui all'art. 1 comma 1-*bis* della l. n. 241/1990. Permane, tuttavia, l'ostacolo rilevante rappresentato dalla necessità di avere un quadro giuridico chiaro e stabile, affinché tali forme di cooperazione istituzionale, o strutturale tra soggetti pubblici e soggetti privati possano svilupparsi in un quadro di medio-lungo periodo.

⁷⁹³ Sul punto si veda l'analisi di G. Morbidelli, *Le fondazioni per la gestione dei beni culturali*, cit.

⁷⁹⁴ Così M. Cammelli, *Cooperazione*, cit., 296 ss.

Tra le diverse fondazioni legali a disciplina singolare costituite in ambito culturale, un rilievo merita sicuramente la trattazione della Fondazione Biennale di Venezia, in quanto ha destato l'attenzione della dottrina non solo per la nota rilevanza culturale dell'ente in ambito nazionale, bensì per le peculiarità che hanno caratterizzato l'iter di riassetto istituzionale e di privatizzazione (ancorché solo formale) della fondazione medesima e perché rappresenta il primo caso di mutamento operato *ex lege* di un ente pubblico in una inedita veste civilistica⁷⁹⁵. Quest'ultima, infatti, attraverso il d.lgs. 29 gennaio 1998, n. 19, che attuava la c.d. legge Bassanini, è stata oggetto di trasformazione da ente pubblico non economico in persona giuridica privata sotto il nome di «Società di cultura La Biennale di Venezia» ai sensi dell'art. 12 c.c.. Tale società di cultura è stata definita «di preminente interesse nazionale», senza scopo di lucro e avente come fine quello di agevolare la libera partecipazione di tutti gli interessati alla vita artistica e culturale, favorendo, altresì, anche mediante convenzioni, la circolazione del proprio patrimonio artistico-documentale presso enti, istituzioni ed associazioni culturali, scuole ed università, «assicurando piena libertà di idee e di forme espressive, di promuovere a livello nazionale ed internazionale lo studio, la ricerca e la documentazione nel campo delle arti contemporanee mediante attività stabili di ricerca, nonché manifestazioni, sperimentazioni e progetti».

Il profilo giuridico della Biennale di Venezia, che derivava dalla veste civilistica assunta ai sensi dell'art. 12 c.c., si può evincere innanzitutto nella disciplina del rapporto di lavoro del personale dipendente (art. 18, comma 1) attratta nell'orbita del regime privatistico e del coordinatore generale, nel vertice della struttura di gestione (art. 17 comma 1), nell'obbligo di tenere i libri e le scritture contabili ex artt. 2423 ss. c.c. (art. 21 comma 2), infine nella riconosciuta possibilità per la società di esercitare attività commerciali strumentali, ma con divieto di distribuzione degli utili (art. 3 comma 3)⁷⁹⁶. Per quanto riguarda

⁷⁹⁵ Così G. Sciuillo, *La Biennale di Venezia come società di cultura*, in *Aedon*, n. 1/1998.

⁷⁹⁶ Sul punto G. Sciuillo, *La Biennale di Venezia come società di cultura*, *cit.*, ha osservato che nel precedente disegno di legge (S. n. 1276), presentato al Senato della Repubblica nel settembre 1996, approvato in prima lettura nel maggio 1997 (C. n. 3675) e quindi esaminato in sede referente dalla competente commissione alla Camera, prima che venisse emanato il decreto legislativo che recepiva quasi integralmente il testo approvato in prima lettura dal Senato, si prevedeva la possibilità di partecipare a società per la gestione commerciale delle attività e dei prodotti culturali (art. 7). Questa possibilità nel testo del decreto legislativo è stata espunta, anche se è da ritenersi comunque ammessa, in quanto compresa nella legittimazione a svolgere attività commerciale confermata anche dalla riserva riconosciuta alla società medesima in ordine allo sfruttamento economico delle mostre, delle manifestazioni e di ogni altra iniziativa da essa prodotta (art. 20, comma 1), con 'unico limite di destinare gli utili realizzati agli scopi istituzionali (art. 3 comma 3).

l'apertura a soggetti privati di cui all'art. 5 comma 2⁷⁹⁷, rimasta sempre ipotesi puramente teorica non avendo ricevuto attuazione in concreto, come ha riconosciuto anche la Corte Conti⁷⁹⁸, essa si declina nella presenza di un rappresentante nel consiglio d'amministrazione che, a determinate condizioni, diventa paritaria (ove non si computi il presidente) rispetto a quella dei rappresentanti espressione della parte pubblica (art. 9 commi 5 e 6) e di un componente del collegio dei revisori dei conti.

Tuttavia, l'ente anche a seguito della trasformazione in persona giuridica di diritto privato, rimane sostanzialmente pubblico, sia sotto il profilo organizzativo e della *governance* sia con la figura del presidente espressione della scelta effettuata in sede governativa (art. 8 comma 1), sia della componente espressione della parte pubblica all'interno del consiglio d'amministrazione (art. 9 comma 1, ovvero il sindaco di Venezia o un suo delegato, che assume la vicepresidenza della società di cultura, un membro designato dal consiglio regionale del Veneto, un membro designato dal consiglio provinciale di Venezia). Anche nel collegio dei revisori dei conti conta la maggioranza di soggetti designati dalla parte pubblica, e segnatamente governativa (art. 12). Peraltro, la partecipazione dei soggetti privati deve attestarsi ai sensi di quanto prevede l'art. 9 comma 4, al massimo al 40% del patrimonio. Altri indici, che inequivocabilmente testimoniano la sostanza pubblica della società di cultura, sono rinvenibili a proposito dell'attività de La Biennale di Venezia, soggetta al contributo ordinario pubblico statale e non (art. 19) e sottoposta al controllo contabile della Corte dei Conti (art. 24) nonché al generale potere di vigilanza sulla gestione della società, nonché di approvazione di singoli atti da parte del Ministro dei beni e delle attività culturali. Inoltre la medesima società è sottratta, conformemente a quanto avviene per gli enti pubblici, alle norme inerenti il fallimento e le procedure concorsuali nel caso di insolvenza nell'esercizio dell'attività commerciale, venendo attratta

⁷⁹⁷ Cfr. Art. 5, comma 2, d.lgs. 29 gennaio 1998, n. 19 «Alla Società di cultura partecipano altresì soggetti privati e gli enti conferenti di cui al decreto legislativo 20 novembre 1990, n. 356, secondo modalità disciplinate dallo statuto, con esclusione di persone fisiche o giuridiche che svolgono attività a fini di lucro nei medesimi settori culturali della società». Il medesimo articolo è stato modificato dal d.lgs. n. 1/2004, nella parte in cui si prevede che ai soggetti privati e gli enti conferenti di cui al d.lgs. 20 novembre 1990, n. 356 si ritengono applicabili, per quanto compatibili, le disposizioni sul recesso e l'esclusione degli associati di cui all'art. 24 c.c.

⁷⁹⁸ Cfr. C. Conti, sez. contr. enti, *Determinazione e relazione sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria della Fondazione La Biennale di Venezia per l'esercizio 2015*, Det. 18 ottobre 2016, n. 104, 29, che ravvisa come «Le disposizioni introdotte dal decreto delegato del 1998 di riforma dell'ente, dirette a favorire la partecipazione di soggetti privati ed enti creditizi ad

invece alla disciplina della liquidazione coatta amministrativa (art. 20, comma 3). Infine la società di cultura è da ritenersi assoggettata al diritto dei contratti pubblici e quindi alle norme ad evidenza pubblica da esso previste, in quanto è da qualificare all'interno della categoria degli organismi di diritto pubblico. In dottrina, vi è stato chi ha accolto con vivo interesse l'emanazione del decreto legislativo che operava *ex lege* la trasformazione in società di cultura de La Biennale di Venezia, vedendo in ciò l'auspicio che tale forma giuridica guadagnasse in prospettiva una portata più ampia e fungesse da paradigma, per future operazioni di riordino istituzionale nel settore della cultura all'insegna della ravvisata opportunità di coniugare la presenza caratteristica di soggetti pubblici con quella di soggetti privati⁷⁹⁹.

L'interesse, a riguardo del provvedimento, che pareva avere inaugurato una nuova stagione di collaborazione con la sperimentazione di nuove forme giuridiche nell'ambito della cultura, con la trasformazione de La Biennale di Venezia in una società di cultura, pare anche essere decaduto in forza della decisione del legislatore delegato di esercitare la delega di cui all'art. 1 della l. 6 luglio 2002, per correggere o modificare i precedenti decreti adottati in virtù della c.d. legge Bassanini, «(...) con ciò abilitando l'Esecutivo a riprendere, perfezionare e completare consapevolmente la più vasta e generale stagione di razionalizzazione organizzativa che aveva avuto inizio in concomitanza con le riforme istituzionali avviate dalla legge da ultimo citata»⁸⁰⁰. Infatti, con il d.lgs. 8 gennaio 2004, n. 1, il legislatore ha disposto la trasformazione in fondazione, sempre *ope legis*, della società di cultura La Biennale di Venezia, determinando, come ha osservato acutamente autorevole dottrina, non un mero passaggio nell'ambito di forme giuridiche privatistiche, dalla società alla fondazione, bensì un vero e proprio ritorno all'ente pubblico in termini sostanziali⁸⁰¹. Un'altra parte

un "percorso" di promozione della cultura inteso ad affiancare al sostegno pubblico e alle risorse proprie dell'ente capitali privati, sono rimaste sostanzialmente inattuata».

⁷⁹⁹ In questo senso G. Scialoja, *La Biennale di Venezia come società di cultura*, cit. secondo cui con il «il caso del La Biennale può fungere da schema di riferimento in tutti quei casi in cui, rispondendo alle esigenze (e alle contraddizioni) proprie delle fasi di transizione, si voglia coniugare la presenza pubblica, anzi di più soggetti pubblici, che si intende conservare come caratterizzante, con quella di soggetti privati, che si vuole peraltro significativa, comporre lo scopo culturale (fondamentale) con quello di lucro (accessorio), unire alla snellezza degli schemi operativi civilistici i controlli e la vigilanza pubblicistica, giustificati dall'impiego di risorse in prevalenza provenienti dalla collettività».

⁸⁰⁰ F. Cortese, *La Biennale di Venezia, il Centro sperimentale di cinematografia e l'Istituto nazionale per il dramma antico nel quadro delle recenti riforme culturali*, in *Aedon*, n. 2/2004.

⁸⁰¹ F. Merusi, *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, cit., 463 sottolinea la peculiarità del processo di riorganizzazione e di privatizzazione della Biennale di Venezia,

della dottrina, portando a sistema la fattispecie delle fondazioni di origine pubblica ha inquadrato la Biennale di Venezia, quale fondazione a partecipazione privata, da intendersi quale soggetto giuridico potenzialmente aperto al contributo di soggetti privati, sia come apporto di capitale sia dal punto di vista della gestione, scorgendo in tale evoluzione normativa un effettivo perseguimento di quanto sancisce l'art. 118 comma 4 Cost. ovvero del principio di sussidiarietà orizzontale, in cui simili fondazioni divengono strumenti di valorizzazione dell'autonoma iniziativa dei cittadini⁸⁰². Il marcato tratto pubblicistico sostanziale, richiamato in precedenza, si evidenzia anche successivamente alla trasformazione in fondazione, innanzitutto nel fatto che la medesima è iscritta nell'elenco delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto consolidato dello Stato c.d. elenco Istat e risulta destinataria del sistema di misure normative finalizzate, sin dal 2010, al contenimento e alla razionalizzazione della spesa⁸⁰³. Altri indici di forte pubblicizzazione, risiedono nella nomina del consiglio d'amministrazione della fondazione (oltretutto del Presidente), avviene mediante decreto ministeriale, fattore che porta ad escludere che le scelte in ordine alla *governance* siano una reale espressione dell'autonomia statutaria dell'ente fondazionale. Inoltre la maggioranza dei componenti del medesimo organo amministrativo (composto da tre soggetti cui si aggiunge il Presidente, in quanto non ci sono componenti espressione di soggetti privati) è espressione della parte pubblica, con rappresentanza *iure officii* di alcuni enti pubblici territoriali, quali la Regione

affermando che «(...) quando si va a leggere il testo di legge che disciplina pressoché in toto la c.d. fondazione La Biennale di Venezia si scopre subito che non si tratta di un passaggio da una società, ancorché «imperfetta», alla fondazione, cioè di un passaggio tutto interno al diritto privato fra una persona giuridica e l'altra, bensì di un «ritorno» all'ente pubblico, naturalmente a fondo di dotazione associativo, per sollecitare il contributo anche di privati alle iniziative della Biennale, così come aveva già fatto, almeno in teoria, la «società di cultura».

⁸⁰² G. Napolitano, *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, cit., 580, per il quale tra le fondazioni di origine pubblica vi sono quelle a partecipazione privata che annoverano prevalentemente «(...) enti pubblici trasformati in fondazioni di diritto privato, nel presupposto che la personalità giuridica di diritto pubblico non sia «necessaria» e che la «veste giuridica privata» consenta «un migliore e più razionale svolgimento delle funzioni». Ciò dovrebbe, da un lato, determinare la sottrazione ad alcune regole pubbliche percepite come eccessivamente gravose; dall'altro, facilitare la partecipazione dei privati al finanziamento e alla gestione delle attività. In questo quadro, tali fondazioni diventano, ai sensi dell'art. 118, comma 4, Cost., uno strumento di promozione dell'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, nell'esercizio di attività di interesse generale e collettivo».

⁸⁰³ Tutto ciò impropriamente come è stato sostenuto nella relazione degli amministratori allegata al bilancio di esercizio al 31.12.2016 della Fondazione La Biennale di Venezia, in quanto l'inserimento della medesima nell'elenco ISTAT sarebbe dovuto ad una cristallizzazione degli elenchi relativi agli anni 2010 e 2011 per effetto dell'art. 5, comma 7, d.l. 2 marzo 2012, n. 16, convertito in l. 26 aprile 2012, n. 44, mentre la Biennale genera nell'anno di realizzazione della Biennale Arte, ricavi propri in grado di coprire i costi di produzione in percentuali tali da consentire l'esclusione da detto elenco.

Veneto, il Comune di Venezia e l'omonima Città Metropolitana. La previsione statutaria dell'art. 9 che abilita la presenza di soggetti privati di cui all'art. 5 comma 2, all'interno del consiglio d'amministrazione, nella riscrittura operata dal d.lgs. n. 1/2004, riserva a questi ultimi da uno fino a tre componenti, i quali conferiscono *uti singuli* o cumulativamente almeno il 20% del patrimonio della fondazione assicurando un apporto annuale ordinario per la gestione dell'attività dell'ente fondazionale non inferiore al 7% del totale dei finanziamenti statali, che permangono immutati quale fonte di concorso al sostentamento della fondazione medesima. Quest'ultima, tuttavia, negli ultimi anni ha saputo determinare un aumento dei ricavi propri che nel 2015 hanno superato nettamente i contributi pubblici, come ha certificato la sezione di controllo sugli enti della Corte dei Conti nella relazione annuale sulla gestione del risultato di gestione della fondazione⁸⁰⁴. Il Ministero dei beni e delle attività culturali, se non sia riscontrabile partecipazione di altri soggetti pubblici o privati, oppure se la medesima sia inferiore al 5% del patrimonio della Fondazione, interviene ad integrare il consiglio di amministrazione, provvedendo *ex lege* a designare un componente in sostituzione di quelli che avrebbero dovuto essere designati dagli eventuali partecipanti. Stessa sorte per l'organo di controllo di cui all'art. 12 dello Statuto della fondazione, ovvero il collegio dei revisori (formato da tre componenti effettivi ed uno supplente) anch'esso come il consiglio d'amministrazione, nominato a mezzo di decreto ministeriale concertato. La maggioranza dei componenti è saldamente in mano pubblica con la prerogativa ministeriale a designare un componente effettivo (che assume la funzione di Presidente) ed uno supplente, mentre ai soggetti privati, ove presenti, è riconosciuta la possibilità di designare un componente effettivo del medesimo collegio. Sotto il profilo dell'attività, il Ministero dei beni e delle attività culturali mantiene un potere d'approvazione su determinate delibere assunte dall'organo amministrativo⁸⁰⁵ ed

⁸⁰⁴ Cfr. C. Conti, sez. contr. enti, *Determinazione e relazione sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria della Fondazione La Biennale di Venezia per l'esercizio 2015*, Det., 18 ottobre 2016, n. 104, 17 in cui emerge che le entrate da bilancio dal 2009 al 2015, dando evidenza al principio dell'equilibrio economico su base biennale (cui corrisponde nel patrimonio netto la destinazione a riserva dell'utile di esercizio), sono state caratterizzate dal progressivo aumento dei ricavi propri, che nel 2015 hanno superato ampiamente le entrate da contributi pubblici.

⁸⁰⁵ Cfr. si veda art. 10, comma 1, lett. g) e i) dello Statuto della Fondazione La Biennale di Venezia che rispettivamente prevedono l'approvazione da parte del ministero dei beni e delle attività culturali di concerto con il ministero dell'economia e delle finanze della delibera inerente i compensi spettanti al presidente, ai componenti del consiglio d'amministrazione ed ai componenti del collegio dei revisori dei conti, e l'approvazione della delibera di ammissione di nuovi soci alla fondazione.

inoltre permane il controllo anch'esso di derivazione ministeriale su aspetti qualificante l'attività gestionale dell'ente fondazionale medesimo. Permane, inoltre, la figura del commissariamento e del meccanismo sostitutivo che esso permette di attivare⁸⁰⁶. Lo statuto dell'ente fondazionale dev'essere comunque e sempre approvato tramite decreto ministeriale, entro trenta giorni dalla deliberazione del consiglio d'amministrazione, in un procedimento che richiede il concerto tra il Ministro di settore e il Ministro dell'economia e delle finanze.

In dottrina, si è rilevata un'evidente discrasia tra quanto dichiarato e quanto realizzato nel d.lgs. n. 1/2004, che ha trasformato la società di cultura in fondazione, sotto il profilo innanzitutto linguistico. Infatti, se all'art. 1 la Fondazione prende il posto della Società di cultura (e all'art. 2 tale ente fondazionale viene ricondotto pienamente nell'ambito delle figure soggettive del diritto privato e per quanto non espressamente previsto nel decreto legislativo, viene operato un rinvio *sic et simpliciter* alle disposizioni del codice civile ed alle sue disposizioni attuative), la parte restante della disciplina ammette la coabitazione di elementi coerenti al modello fondazionale partecipativo e associativo e di elementi che, per contro, deviano significativamente da tale impronta privatistica, di diritto comune, lasciando spazio a connotati di ingerenza. Essa si esprime a mezzo dell'indirizzo e del controllo pubblicistici, alquanto pervasivi, che introducono una contraddizione in termini sancendo una vocazione dell'ente strumentale all'istituzione⁸⁰⁷. Quest'ultimo profilo emerge particolarmente con riferimento al riassetto della *governance* in termini di peso

⁸⁰⁶ Cfr. F. Cortese, *La Biennale di Venezia, il Centro sperimentale di cinematografia e l'Istituto nazionale per il dramma antico nel quadro delle recenti riforme culturali*, cit., che sul punto nota come tale figura del soggetto commissariale abbia «(...) l'”aggravante” specifica che tale figura diviene, per così dire, ancor più innominata, poiché, a rigore e, come si è detto, solo formalmente, l'ipotesi più chiara della mancata attuazione dello statuto è stata soppressa e va oggi ricavata dall'applicazione dei principi dettati in tema di vigilanza (art. 24 del decreto n. 19 cit.) e da quelli comunque desumibili dalla menzionata disciplina transitoria;».

⁸⁰⁷ In questi termini si è espresso F. Cortese, *La Biennale di Venezia, il Centro sperimentale di cinematografia e l'Istituto nazionale per il dramma antico nel quadro delle recenti riforme culturali*, cit., secondo cui «(...) le suggestioni nominalistiche cui sembrano accedere talune delle più significative scelte definitorie contenute nei decreti legislativi in commento tradiscono l'unico significato tendenziale che può essere ragionevolmente attribuito alle riforme di cui si tratta, ossia la tradizionale conferma di un ibridismo organizzativo incapace di promuovere nuovi modelli (come poteva essere quello della "Società di cultura") o, quanto meno, di affrancarsi dalle logiche strutturali e relazionali caratteristiche di quelli vecchi. La scelta della definizione di "Fondazione", quindi, assume un primo valore particolarmente esemplificativo, giacché l'opzione definitoria di cui essa vorrebbe farsi portavoce non sembra aver mutato in alcun modo la natura precedente dell'organismo, sembrando piuttosto rafforzare la direzione di una specialità organizzativa che, pur basandosi su presupposti concettuali di ordine privatistico, non valorizza più il riconoscimento di un'autonomia tecnica in capo all'ente, bensì ne riconduce numerosi momenti funzionali e snodi strutturali all'esclusività dell'intervento ministeriale».

specifico assunto dai diversi organi, nell'ambito dell'organizzazione istituzionale della Biennale di Venezia. In particolare è interessante osservare come il Comitato tecnico-scientifico, ai sensi dell'art. 19 dello Statuto, risulti indicativo di una tendenza al rafforzamento di altri organi quali specialmente il consiglio d'amministrazione ed il Presidente, in quanto nello Statuto adottato a seguito della modifica del d.lgs. n. 1/2004 scompare quale organo della fondazione, divenendo uno strumento non più decisivo in ordine alla definizione dei programmi, degli indirizzi di carattere culturale ed artistico e, in generale, delle principali attività bensì semplicemente consultivo. Ciò contribuisce certamente a rendere tale Comitato uno strumento maggiormente flessibile e servente alle molteplici necessità dell'attività propria della fondazione, e a rafforzare invece quali organi decisori e d'indirizzo quelli espressione della volontà politica collegiale e monocratica, ovvero il consiglio d'amministrazione ed il Presidente.

In definitiva, appare che l'abbandono della forma giuridica della Società di cultura, che prometteva un valido esempio di modello organizzativo anche in ambito culturale aperto ai privati, ancorché viziato in parte da ingerenze pubblicistiche, per approdare al modello fondazionale, non sia da ritenersi di per se errato. Ciò perché nel nuovo modello di fondazione prospettato dal d.lgs. n. 1/2004 convivono elementi coerenti con la fattispecie della fondazione ed altri elementi come ricordato in precedenza sintomatici o indicativi di un'ingerenza e di un controllo pubblicistico che mal si attaglia alla stessa fondazione costituita ai sensi delle norme di diritto comune. Tali contraddizioni o sviamenti parte erano presenti, anche se forse in veste meno accentuata, nella forma giuridica della società di cultura previgente all'attuale modello fondazionale. Tale coabitazione, ha generato giocoforza un fenomeno definito da una parte della dottrina "ibridismo"⁸⁰⁸, perpetrato in più occasioni e tipico di molta parte del settore culturale. Più che di *nomen iuris*, si tratta, infatti, di ricostruire figure giuridiche coerenti con le discipline all'interno delle quali esse traggono origine, e di garantire un equilibrio tra l'esigenza di autonomia garantita dall'art. 33 Cost., unitamente alla valorizzazione dell'autonoma iniziativa dei soggetti singoli o associati mediante il principio di sussidiarietà orizzontale (e dunque degli strumenti che di tale principio possono essere valida estrinsecazione, primi fra

⁸⁰⁸ L'espressione è di F. Cortese, *La Biennale di Venezia, il Centro sperimentale di cinematografia e l'Istituto nazionale per il dramma antico nel quadro delle recenti riforme culturali*, cit.,

tutti le fondazioni), e le prerogative d'indirizzo politico-amministrativo dei pubblici poteri.

CAPITOLO V

Lo stato dell'arte, le potenzialità e le criticità del PPP per gli investimenti e lo sviluppo.

5.1. Il mercato del PPP in Italia: timidi segnali di una lenta ripresa da sostenere.

Il valore strategico del PPP in Italia è ormai un dato assodato oggi per la costruzione delle infrastrutture pubbliche e per l'erogazione dei servizi pubblici. Tale consapevolezza, maturata nella coscienza del legislatore, delle pubbliche amministrazioni, soprattutto da quelle degli enti locali, ha preso avvio nel panorama legislativo sin dall'approvazione della l. n. 433/2001 c.d. Legge Obiettivo, oggi abrogata per l'effetto dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici⁹⁹ con l'intento deliberato di permettere la realizzazione delle opere pubbliche, in particolare quelle maggiormente strategiche e prioritarie per la collettività, ricorrendo anche a fonti di capitale privato. Le ragioni dello sviluppo anche nel nostro Paese del PPP, è dovuto sicuramente alle conseguenze positive attese per i bilanci delle pubbliche amministrazioni, da un lato e per l'implementazione dei livelli qualitativi delle infrastrutture e dei servizi, attesa la progressiva diffusione presso le medesime amministrazioni di principi e criteri di tipo economico-aziendali, unitamente all'affermazione sempre più consapevole della concezione dell'amministrazione di risultato. Comunque un rilevante contributo all'affermazione del fenomeno del PPP in Italia pare averla fornita la previsione in Costituzione all'art. 118 comma 4 del principio di sussidiarietà orizzontale¹⁰⁰.

⁹⁹ Il nuovo Codice dei contratti pubblici (dlgs. n. 50/2016) ha introdotto una nuova regolazione degli appalti pubblici e delle concessioni, che riguarda anche la definizione delle strategie infrastrutturali e la realizzazione delle opere pubbliche. Con l'entrata in vigore del nuovo Codice, infatti, è stata disposta l'abrogazione della l. n. 443/2001 c.d. "legge Obiettivo" e la normativa speciale con cui sono state programmate, progettate e realizzate le infrastrutture strategiche dal 2001. E' stata introdotta una nuova disciplina che ha individuato nel Piano Generale dei Trasporti e della Logistica (PGTL) e nel Documento Pluriennale di Pianificazione (DPP) gli strumenti per la pianificazione e la programmazione (artt. 200-201) e per la progettazione (art.23) delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese.

¹⁰⁰ Di questo avviso è R. Di Pace, *Il partenariato pubblico privato nel diritto amministrativo in trasformazione*, cit., 44-45 secondo cui «Viene in rilievo la sussidiarietà intesa nella sua concezione "orizzontale", con riferimento al particolare rapporto tra lo Stato e i cittadini, sia come singoli, sia nelle loro formazioni sociali, per cui l'intervento statale è ridotto al minimo a

Al fine di ricostruire il percorso difficile del PPP in Italia il cui inizio è databile agli anni 2000, occorre avere un quadro di informazioni il più possibile sistematiche, dettagliate e riscontrabili rese possibili dall'attività censite tra il 2002 ed il 2014 dall'Osservatorio Nazionale del PPP⁸¹¹. In base ai dati forniti dall'Osservatorio, nel periodo censito le iniziative di PPP rilevate state pari a circa 25.316 per un valore complessivo di importi messi a gara pari a oltre 110 mld di euro⁸¹². Il mercato del PPP in Italia si suddivide in due grandi aree: quelle dei grandi interventi pari a 260 (1%) che registrano un importo unitario superiore a 50 mln di euro (che rappresentano in totale circa 80 mld di euro) ovvero il 73% dell'importo totale dell'importo messo a gara⁸¹³ e quelle dei piccoli-medi interventi fino a 10 mln di euro. Sulle gare effettuate, il 14% di queste ed il 36% degli importi (pari a 40 mld di euro) non ha avuto esito positivo, ovvero sono state interrotte le procedure, o annullate le gare, o andate deserte le stesse, oppure ancora non aggiudicate o revocate le medesime⁸¹⁴. Il restante 86% (pari a 70 mld di euro) ha invece registrato esito positivo essendo state aggiudicate le gare. Sotto il profilo delle aggiudicazioni ne sono state censite 5.744 (per un importo di quasi 50 mld di euro) tra gennaio 2002 e dicembre 2013, passando da 96 aggiudicazioni (pari a 692 mln di euro) a 806 aggiudicazioni (pari a 3,7 mld di euro).

In sintesi dal 2000 al 2014 si è registrata una crescita importate dei bandi di PPP e più contenuta, ma sostenuta, delle aggiudicazioni (solo infatti il 64% dei

vantaggio della sempre più ampia autonomia riconosciuta ai provati nello svolgimento di compiti pubblici. (...) Invero, pur esternalizzando compiti e funzioni, la pubblica amministrazione ne rimane la titolare, ma rende partecipe il privato dell'esercizio degli stessi, proprio nell'ottica di favorire la collaborazione e il trasferimento di responsabilità che costituiscono il *proprium* del partenariato». Sul rapporto tra sussidiarietà e PPP si vedano tra gli altri G. Piperata, *La collaborazione pubblico-privata nell'ordinamento comunitario e nazionale*, cit., 3; A. Di Giovanni, *Il contratto di partenariato pubblico-privato tra sussidiarietà e solidarietà*, cit.

⁸¹¹ L'Osservatorio Nazionale del PPP è promosso da UTFP-CIPE Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica - Unità Tecnica Finanza di Progetto, ANCE (Associazione Nazionale dei Costruttori Edili) ed è realizzato e gestito da CRESME Europa Servizi. Le rilevazioni effettuate si riferiscono ad un arco temporale tra gennaio 2002 ed il 30 settembre 2014.). Cfr. L. Bellicini, M. Tascetta, *I numeri del PPP in Italia*, in G.F. Cartei e M. Ricchi (a cura di), *Finanza di progetto e partenariato pubblico privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015, 531 ss.,

⁸¹² L'avvio positivo del mercato delle opere pubbliche realizzate mediante PPP ha visto accrescere le proprie quote dal 2002 fino al biennio 2011-2012, in un contesto caratterizzato da positivi indici di crescita economica, nonostante limiti dell'elevato indebitamento pubblico, a cui si è aggiunta negli ultimi anni la crisi finanziaria. Inoltre, sul dato complessivo di gare per la realizzazione di opere pubbliche, dal 2002 al 2012, quelle da realizzarsi mediante PPP sono passate dallo 0,9% in termini di numero e 5,8% in termini di valore nel 2002 a 19% in termini di numero e 33,2% in termini di valore nel 2012.

⁸¹³ Tuttavia il 42% delle 260 operazioni di PPP (circa 30 mld) riguarda procedure interrotte o comunque non pervenute ad aggiudicazione.

⁸¹⁴ Il fallimento riguarda in particolare per il 25% le concessioni di lavori, dei contratti di leasing o di disponibilità mentre risulta inferiore al 10% per le concessioni di servizi.

bandi arriva alla fase di aggiudicazione). Dopo un periodo di rallentamento nel ricorso a tali procedure di affidamento, si è registrata una crescita in controtendenza nel 2014⁸⁵ che ha segnalato la ripresa di un dinamismo degli operatori economici, a fronte però di investimenti di valore più contenuto⁸⁶.

L'incidenza del mercato del PPP sul totale di quello delle opere pubbliche ha registrato crescita tra il 2002 ed il 2011 (dall'1% al 17% per numero di gare e dal 5,7% al 43% in termini di importi di gara) negli anni immediatamente successiva si registra un aumento della domanda che corrisponde però ad una flessione degli importi, fino ad arrivare nel 2014 con l'incidenza che si attesta al 19,4% in termini di numero di gare inferiore all'anno precedente del 14,2% in termini di valore, la più bassa degli ultimi dieci anni.

Per quanto attiene alle tipologie di procedure attivate, le concessioni di servizi sono le più numerose con 14.489 gare coprendo circa i due terzi del mercato del PPP, ma con importi di valore contenuto⁸⁷. Le concessioni di lavori sono invece inferiori, attestandosi a 4.832 su 21.755 gare totali (22%) ma con importi più rilevanti (con 51,2 mld di euro ovvero il 70% degli importi messi a gara)⁸⁸.

Sotto l'aspetto della dimensione economica dei contratti, nel periodo 2002-2014, il 70% dei bandi di gara per operazioni di PPP (13.094) ha riguardato interventi per importi fino a 1 mln di euro. Il 20% dei bandi invece concerneva interventi fino a 5 mln di euro, ed il restante 10% riguardava interventi di maggiori dimensioni che si aggiudicano il 90% del volume di affari del PPP. Le concessioni di lavori pubblici, e segnatamente quelle di costruzione e gestione ad

⁸⁵ Dal 2013 al 2014 gennaio-settembre il numero delle procedure affidate mediante PPP è passato da 2149 a 2505 con un aumento del 16,6%.

⁸⁶ Fino a giugno 2014 si conferma un trend di crescita del valore dell'importo delle gare bandite fino ad 1 mln di euro (che passano dal 62% circa del 2002 all'86% del 2014 a fronte di diminuzioni per le altre classi d'importo). Il bilancio dei primi nove mesi dell'anno 2014 in termini di importo dei contratti aggiudicati, rispetto al medesimo periodo dell'anno precedente 2013, registra una crescita del 210% che supera la media annua del periodo 2002-2013 (circa 4 mld di euro) e risulta inferiore soltanto all'ammontare realizzato nell'anno 2009 (7,3 mld di euro).

⁸⁷ Sul punto si veda C. Conti, sez. riun. contr., *Rapporto 2017 sul coordinamento della finanza pubblica*, 27 marzo 2017, n.3, 273 in www.corteconti.it che rileva come «Dalla dimensione dell'offerta (in termini di gare bandite) si può rilevare, perciò, una graduale e costante introduzione del PPP, la cui diffusione, prevalente nel settore dei servizi, conferma quanto la dimensione gestionale lo abbia caratterizzato più di altre. Benché analizzato più di frequente nell'ambito delle infrastrutture (...) la presenza dominante del PPP nell'ambito della fornitura di servizi dimostra che le amministrazioni committenti tendono a ricercare operatori che siano in grado sia di costruire che di gestire servizi di pubblica utilità. Il partenariato così designato, infatti, tende a confinare ad un ruolo accessorio la componente di investimento destinata alla fase di costruzione/ristrutturazione delle opere che, nel caratteristico schema di PPP, assumono una funzione di "strumentalità" rispetto al servizio».

iniziativa privata o di finanza di progetto suddivise in plurime fasi o in fase unificata, rappresentano il 61% dei bandi per importo superiore a 5 mln di euro (800 gare su 1.307) ed il 73% per classe d'importo (47,6 mld su 73,4 mld).

Considerando il settore d'intervento, nel periodo 2002-2014, in termini di valore dell'importo messo a gara, il primato spetta ai trasporti con un valore dei bandi circa di 30 mld di euro (di cui oltre 23 mld aggiudicati, ovvero il 78%) seguito dal settore delle reti di acqua, gas ed energia elettrica e termica per quasi 12 mld di euro (di cui 8,5 mld aggiudicati, ovvero il 70%). Completano la classifica il settore dell'ambiente con circa 9,2 mld messi a gara dei quali 6,7 aggiudicati (72%) dal settore della sanità per 6,4 mld (di cui 5,3 mld aggiudicati, ovvero l'82%). Dal punto di vista del valore dei bandi, invece, il primato spettava al settore ambiente (38%), seguito da quello dell'energia e da quello dell'edilizia sociale e pubblica (10%). Dal punto di vista della domanda, invece, il primato spetta agli impianti sportivi con 4.572 progetti con un valore medio d'importo messo a gara inferiore a 500.000 euro. Nello stesso periodo considerato, ovvero tra il 2002 ed il 2014, raggiungono quote superiore 20% di incidenza nel mercato del PPP rispetto al mercato delle opere pubbliche in generale, sia per numero di bandi sia per classe d'importo, anche i parcheggi, le strutture recettive, le reti energetiche ed il riassetto dei comparti urbani, limitatamente al valore dell'importo, superano il 20% anche il settore dei servizi cimiteriali, dell'ambiente e dei trasporti.

Sotto il profilo dei soggetti committenti, spiccano i Comuni (che mantengono il primato sia nel periodo 2002-2012 sia nel 2014) che si avvalgono degli strumenti di PPP, al fine di contemperare la scarsità di risorse pubbliche, i vincoli di finanza pubblica e la domanda di crescita dei servizi destinati alla collettività. Le amministrazioni degli enti locali, in particolare orientano la propria domanda in larga parte a favore di opere pubbliche che possono aver un'incidenza sui processi di riqualificazione urbana, concepita nell'accezione più vasta di opere che possono aumentare la domanda di servizi, riqualificando il territorio, come ad esempio gli impianti sportivi, i parcheggi, i centri commerciali. Un'altra quota di opere rilevanti, richiesti da tali amministrazioni, sono quelle riconducibili ai servizi essenziali, quali le reti idriche ed energetiche, ma anche i rifiuti ed i servizi

⁸⁸⁸ Tra le concessioni di lavori, quelle ad iniziativa privata sono meno numerose di quelle ad iniziativa pubblica (1.320 contro 3.512) ma riguardano opere per importi maggiori rispetto a queste ultime (21,5 mln importo medio per ciascuna opera messa a bando contro 6,5 mln di euro).

cimiteriali. Tali attori istituzionali, occupano una quota di mercato pari all'82% ovvero 17.786 gare tra il 2002 ed il 2014 (e dal punto vista del valore totale delle opere in PPP i Comuni si attestano al 30%) in termini di numero di opere, per un valore medio corrispondente a 2,3 mln di euro su un valore medio delle opere realizzate mediante PPP pari a 5,6 mln di euro, quindi meno della metà. È interessante notare come nel mercato delle opere pubbliche per i Comuni l'incidenza del PPP è cresciuta dal 18% del 2002 al 39% del 2014 in termini di classe d'importi per i bandi, e dall'1% al 25% per il numero di questi ultimi. Infine, il mercato del PPP geograficamente ha avuto particolare diffusione e successo, nel periodo dal 2002 al 2014, soprattutto nelle regioni settentrionali, anche se negli anni ne è aumentata l'incidenza anche nelle regioni meridionali. In particolare in testa alla classifica si può trovare la Lombardia sia per numero di opere (3.462) sia per importi delle stesse (pari a 13,5 mld di euro)⁸¹⁹, seguita solo per quanto riguarda il valore degli importi messi a gara dal Veneto (8,8 mld), dalla Sicilia (7,6 mld) e dal Lazio (circa 7 mld).

Dal 2014 al 2016 è possibile ricostruire l'andamento generale del mercato del PPP, a partire da rinnovato contesto normativo tanto europeo con l'avvento delle direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, rispettivamente sulle concessioni e sui contratti pubblici di appalto nei settori ordinari e speciali quanto nazionale con l'emanazione del d.lgs. n. 50/2016, c.d. Codice dei contratti pubblici e delle concessioni. In base ai dati dell'Osservatorio Nazionale del PPP⁸²⁰, nel periodo tra 2014-2016 in cui sono state censite 9.607 procedure di affidamento pari a circa 24 mld si è registrata una crescita della domanda nel mercato che dal 2014 con 3.086 bandi per un valore di circa 3,6 mld è passata nel 2016 a 3.187 per un ammontare di circa 13,3 mld⁸²¹. Nel 2016 il mercato del PPP complessivamente rispetto al 2015 ha registrato una diminuzione nel numero delle iniziative promosse pari a 4,4% (che riguarda soprattutto gare d'importo inferiore a 1 mln di euro bandite perlopiù da amministrazioni aggiudicatrici di piccola-media

⁸¹⁹ Seguita in termini di numero di opere da Campania e Toscana (1.816 entrambe), Emilia-Romagna (1.599) e Veneto (1.475).

⁸²⁰ Per reperire i dati dell'Osservatorio Nazionale del PPP si veda *Il mercato dei contratti pubblici. Lavori, servizi e forniture nel periodo 2012-2016*, a cura del Servizio Studi - Dipartimento Ambiente, Camera dei Deputati, in collaborazione con l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), Maggio 2017, in www.camera.it.

⁸²¹ L'importo conseguito nel 2016 rappresenta il valore più elevato censito dal 2002 per l'effetto della presenza di alcuni contratti di dimensioni importanti pari ad un importo superiore a 50 mln di euro (33 gare per l'importo di oltre 10 mld contro una media annua di 13 gare dell'importo 3,9 mld nel periodo tra 2002-2016).

grandezza) ed al contempo un aumento nell'importo pari all'84,9%, confermando rispetto al 2012 un *trend* positivo (con l'aumento sia del numero sia dell'importo pari rispettivamente a 5,7% e 86,3%). Operando una suddivisione per tipologia di procedura adottata, sulla base della metodologia di classificazione dell'Osservatorio citato, è possibile distinguere tra concessioni di lavori pubblici, concessioni di servizi e altri contratti di PPP (in cui sono annoverate molteplici fattispecie contrattuali, quali il contratto di sponsorizzazione, la locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità, il contratto di disponibilità, la società mista o altri contratti riconducibili a programmi di riqualificazione urbana). Nel periodo 2012-2016 il primato, quanto a procedura maggiormente adottata e al contempo economicamente più rilevante, spetta alle concessioni di servizi con 11.703 bandi ed un importo di circa 21 mld che rappresentano il 76% del mercato di PPP quanto a numero e poco meno del 60% quanto ad importo messo gara³²². Le concessioni di lavori pubblici rappresentano quote pari al 16% della domanda (2.416 bandi) e del 35% del valore del mercato del PPP (oltre 12 mld)³²³. Gli altri contratti di PPP, seguono con 1.354 procedure ed un importo di

³²² Le concessioni di servizi, che negli anni precedenti sono rimaste sostanzialmente stabili quanto a numero ed importi, hanno registrato una flessione nel 2016, quanto al numero di bandi (2.485 bandi rispetto ai 5.828 del 2015) mentre hanno conseguito un aumento quanto ad importi messi a gara 8,8 mln (+51,7%). Negli ultimi tre anni, tra le concessioni di servizi, quelle realizzate tramite finanza di progetto ai sensi dell'art. 183 del d.lgs. n. 50/2016 sono quelle che hanno registrato la crescita maggiore, anche se altre forme di concessioni hanno registrato risultati positivi. Anche per le concessioni di servizi l'aumento degli importi è stato inciso significativamente da due bandi, che nel 2016 hanno raggiunto un importo complessivo di 3,9 mld di euro: si allude a due gare bandite dall'Agenzia Territoriale dell'Emilia-Romagna per i servizi Idrici e Rifiuti per l'affidamento del servizio idrico integrato nelle province di Rimini e Piacenza con importi che per il 18% (circa 700 mln) rappresentavano il valore dei lavori mentre la restante parte era il valore del servizio stimato. Il valore stimato come attendibile per cogliere l'andamento delle concessioni di servizi nel 2016 è quindi di 5,6 mld, di poco inferiore al valore realizzato nel 2015 (5,8 mld).

³²³ Le concessioni di lavori (di costruzione e gestione) dopo un trend discendente registrato dal 2012 fino al 2015 sia in termini di numero sia in termini di importo, nel 2016 registrano una crescita che passa da 382 bandi per un importo pari a 889 mln del 2015 a 426 bandi (+11,2%) per un importo pari a 4.080 mln (+358%). Tale crescita nel 2016 è stata incisa dalla pubblicazione di undici concessioni, ai sensi dell'art. 15 d.lgs. n. 50/2016, finalizzate alla dotazione e gestione di un'infrastruttura passiva a banda ultralarga in sedici regioni italiane e nella provincia autonoma di Trento, con un importo pari a 2,7 mld pari al 65% dell'importo complessivo delle 426 bandi di concessione di lavori. Queste non sono inquadrabili tra le concessioni con trasferimento di rischio né con anticipo di risorse da parte dei privati, quindi l'intero importo dei lavori è finanziato da risorse pubbliche statali, demandando al soggetto concessionario la gestione pluriennale, per questo sarebbe più opportuno categorizzarli tra i lavori pubblici, e comunque anche al netto di questi 2,7 mld le concessioni di lavori hanno avuto un incremento pari a 1,4 mld (+57% rispetto all'anno precedente 2015). Un dato positivo riguarda anche le concessioni di lavori affidate mediante finanza di progetto con importi che nel 2015 si attestavano a 639 mln e che crescono fino a 1 mld nel 2016 (+64%) del quale poco inferiore al 50% (circa 505 mln) è relativo alla concessione per la progettazione, costruzione e gestione della piattaforma Europa del porto di Livorno. Raffrontando i dati al 2012 apparentemente si registra una diminuzione sia di numero (da 94 gare a 81 ovvero con il calo del 13,8%) sia d'importo (da 2,2 mld a poco più di 1 mld, ovvero con il calo del 53%). Tuttavia se da tale dato si scompota la realizzazione, per un importo di 1,9

circa 2 mld e rappresentano una quota poco al di sotto del 10% dell'intero mercato del PPP⁸²⁴. Sotto il profilo delle classi d'importo il mercato di PPP, costituito da 8,588 procedure di importo del valore di 35,4 mld, è caratterizzato perlopiù dalla presenza di iniziative al di sotto o pari a 5 mln di euro (7.958, ovvero il 93%) mentre la restante parte ovvero il 7% riguarda iniziative d'importo superiore alla predetta cifra, che rappresentano l'87% degli importi messi a gara mentre le prime coprono soltanto il 13% del valore del mercato. Tra il 2012 ed il 2016 si registrano l'aumento della domanda per iniziative comprese tra 1 e 50 mln di euro e contestualmente il calo delle iniziative piccole inferiori a 1 mln, mentre solo tra il 2015 ed il 2016 sono state censite grandi iniziative per importi superiori a 50 mln. Pertanto da questo punto di vista rispetto all'ambito dimensionale degli interventi di PPP è possibile constatare che vi è una maggiore incidenza delle iniziative medie e grandi rispetto alla diminuzione del ricorso a iniziative di piccole dimensioni⁸²⁵.

Dal punto di vista delle stazioni appaltanti, è possibile osservare che la platea dei soggetti committenti è variegata, *in primis* vi sono gli enti locali (che copre l'84% per numero di gare e del 33,2% per importi messi a gara rispetto al mercato del PPP inteso complessivamente), segnatamente i Comuni (che coprono il 93% della domanda degli enti locali per numero di procedure ed il 77% per importi messi a gara) che individuano prioritariamente tali percorsi per ritrovare un nuovo equilibrio tra vincoli di finanza pubblica e domanda crescente di servizi da garantire alla collettività territoriale. Come ricordato in precedenza le voci di investimento maggiori si riferiscono a opere che possono avere una ricaduta positiva in termini di rigenerazione dell'assetto urbano, per riqualificare il territorio aumentando la qualità e l'efficacia della dotazione di servizi destinati

mld circa l'85% del valore del mercato, della concessione di lavori affidata mediante finanza di progetto per la costruzione e gestione dell'Autostrada regionale Medio Padana Veneta il cui intervento è sottoposto alla procedura di revisione del progetto di cui all'art. 4 l.r. n. 15/2015, l'aumento diventa rilevante sia per le concessioni mediante finanza di progetto (+ 149,3%) da 421 mln a oltre 1 mld) sia per le concessioni di lavori complessivamente intese (+53%, da 2,7 mld a oltre 4 mld).

⁸²⁴ Gli altri contratti di PPP che nel 2016 hanno registrato 276 procedure per un importo pari a 398 mln di euro, riportano dinamiche contrastanti tra il numero e l'importo perché rispetto al 2015 il numero è in crescita del 27,8% ma l'importo decresce del 18%, mentre rispetto al 2012 il numero decresce del 7,4% mentre l'importo è in crescita del 57,5%.

⁸²⁵ Le iniziative piccole d'importo fino a 1 mln di euro rappresentano il 71% delle 1.918 gare di PPP d'importo conosciuto. Tale quota è inferiore sia alla media del periodo 2012-2016 pari al 75% che in particolare a quella del 2012 pari al 78%. Le iniziative medie d'importo compreso tra 1 e 50 mln di euro, costituiscono il 27% delle gare citate (+5% rispetto alla quota del 2012 pari al 22%). Ai progetti di maggiore dimensione, d'importo superiore a 50 mln di euro che rappresentano il 2%

alla collettività. Il dinamismo del mercato di PPP nell'ambito dell'azione degli enti locali emerge, sia sotto il profilo numerico di procedure attivate nel periodo tra il 2012 ed il 2016 (13.252 ovvero l'86% della domanda), che occupano principalmente il settore delle opere di dimensione media (circa 2,4 mln inferiore allo standard medio delle opere aggiudicate mediante PPP che è di 4,1 mln), sia sotto il profilo della dimensione economica di tali procedure per un importo di circa 17,5 mld pari al 50% del mercato complessivo delle iniziative di PPP. I Comuni tra il 2012 ed il 2016 hanno attivato 12.297 iniziative per un importo pari a 13,4 mld, e sul totale dei Comuni presenti nel territorio nazionale il 50% degli stessi, ha attivato almeno una procedura di PPP nel periodo temporale predetto assunto a riferimento per l'indagine. Nel 2016 gli enti locali unitamente ai gestori di reti, infrastrutture e servizi pubblici sono confermati i principali committenti delle opere di PPP sia per numero di procedure attivate (2.681) sia per importo messo a gara (4,4 mln) che tuttavia risultano complessivamente in calo rispetto ai dati dell'anno precedente, in cui si erano registrate 2.844 bandi di gara (-5,7%) per un importo di 4,8 mln (-8,5%). Rispetto, invece, ai dati del 2012, è emersa una situazione generalmente più stabile per numero di gare e un importo in crescita. Il trend dei Comuni nel 2016 ha seguito in generale quello degli enti locali, con una diminuzione di procedure dal 2015 al 2016 pari al 5,3%, confermando invece una sostanziale stabilità quanto agli importi (-0,6%) e registrando invece un evidente crescita rispetto al 2012 (+177,1%). I soggetti gestori di reti, infrastrutture e servizi pubblici, nel 2016 hanno realizzato, dal punto di vista degli importi messi a gara il migliore risultato dal 2002, con 134 gare per l'importo di circa 5,2 mld (di cui il 76% ovvero 3,9 mld relativo al Servizio Idrico Integrato nelle province di Rimini e Piacenza ed il restante 24% ovvero circa 1,3 mld relativo a opere nei settori dei rifiuti e dell'energia).

Passando ad analizzare i settori nei quali principalmente trova accoglimento il mercato del PPP tra il 2012 ed il 2016, è possibile osservare che l'edilizia sociale pubblica e gli impianti sportivi, hanno spiccato per numerosità delle procedure attivate e l'energia e telecomunicazioni e l'ambiente risaltano invece per valore dell'importo messo a gara. I settori che hanno primeggiato per numero di gare (8.004 bandi per un importo medio di circa 900 mila euro) rappresentano oltre la metà, precisamente il 52%, dei bandi e l'11% degli importi rispetto al mercato del

è riconducibile, però il 78% del valore del mercato complessivo del PPP (33 progetti dell'importo totale di oltre 10 mln, il valore più alto dal 2002).

PPP in generale. I settori che invece si sono distinti per il valore degli importi messi a gara (oltre 21 mld su 1.889 gare con importo medio 20,5 mln) rappresentano il 59% del valore del mercato del PPP ed il 12% dei bandi sempre in rapporto al mercato del PPP inteso complessivamente. Nel 2016 il settore edilizia sociale e pubblica hanno dato risalto quanto a numero di procedure (978 ovvero il 31% del totale) per l'importo messo a gara spicca il settore ambiente per opere dedicata all'acqua e ai rifiuti (circa 5,5 mld ovvero il 42% del totale). Significativo, quanto al numero di procedure attivate, anche il settore degli impianti sportivi che hanno contato nel 2016, 707 bandi (in calo rispetto al 2015 in cui erano pari a 845 gare e nel 2012 in cui erano pari a 816 gare) che hanno inciso per il 22% sul totale. Se negli ultimi anni il numero di gare è diminuito in tale settore, al contrario l'importo messo a gara è più che raddoppiato (487 mln) rispetto all'importo medio annuo conseguito nel quadriennio 2012-2015 (198 mln). Non marginale risulta anche l'ammontare complessivo delle iniziative intraprese nel settore energia e telecomunicazioni. Nel 2016, in quest'ultimo settore, che rappresenta il 33% del valore di mercato totale delle iniziative di PPP, sono stati messi a gara importi per 4,4 mld (in aumento rispetto al 2015 in cui erano pari a 4,3 mld, e nel 2012 in cui erano pari a 630 mln), dei quali 2,7 mld destinati alla realizzazione di infrastrutture a banda ultralarga e 1,7 mld per interventi nel settore dell'energia, per reti ed impianti di distribuzione del gas e di illuminazione pubblica.

In conclusione, circa la distribuzione a livello territoriale del mercato di PPP, è stata rilevata una maggiore dinamicità soprattutto come evidenziato in precedenza nelle regioni settentrionali dal 2012 al 2016 (nell'otto regioni del Nord Italia sono state attivate 7.143 gare pari al 46% del totale per un importo complessivo pari ad oltre 21 mld ovvero il 60% del valore complessivo del mercato). Nelle regioni settentrionali si è registrato tra il 2012 ed il 2016 un incremento pari al 25% dei bandi e del 158% degli importi messi a gara. Nelle regioni dell'Italia centrale e in quelle meridionali sono state riscontrate 8.270 procedure di PPP (54%) per un importo pari a circa 14 mld (40%). Nel 2016, tra le regioni italiane, quella che ha guadagnato il primato quanto a numero di gare è la Lombardia⁸²⁶, mentre l'Emilia-Romagna⁸²⁷, è risultata la prima classifica per quanto concerne l'entità degli importi messi a gara tra le regioni.

⁸²⁶ La Lombardia nel 2016 ha realizzato 579 gare (il 18% della domanda del mercato complessivo di PPP), conseguendo il numero più elevato dal 2002.

5.2. La contabilizzazione nei bilanci pubblici del PPP e i vincoli del Patto di stabilità interno.

Si è detto in precedenza che il principio di sussidiarietà orizzontale rappresenta un ancoraggio solido, per avere fornito legittimazione all'ingresso del PPP nel nostro ordinamento giuridico, avvalorando sia il ricorso sempre più frequente da parte delle amministrazioni pubbliche di moduli consensuali nell'attività amministrativa, in virtù della riconosciuta capacità giuridica di diritto privato alle medesime, sia la diffusione di modelli cooperativi e collaborativi tra pubblico e privato in diversi ambiti. I presupposti e l'orientamento del PPP in termini di funzionalità registrano, tuttavia, una differenza tra il dover essere e l'essere.

Per essere più espliciti, consentire il ricorso a strumenti privatistici sembrava dovere essere funzionale soprattutto alla promozione di una più consapevole e maggiore efficienza, efficacia ed economicità nel solco del principio di buon andamento dell'azione amministrativa consacrato all'art. 97 Cost. a vantaggio del settore pubblico certo ma anche di quello privato, relegando in secondo piano gli effetti di tali operazioni sul piano del contenimento e sull'efficientamento della spesa pubblica, nell'ultimo decennio come è stato acutamente osservato⁸⁵. A fronte di tutto ciò, il quadro economico e legislativo è profondamente cambiato mutando al contempo l'orientamento ed i presupposti del ricorso al PPP in termini di funzionalità. Tra i molteplici fattori, che hanno contribuito a mutare i presupposti del ricorso al PPP, risaltano in primo luogo l'assoluta precarietà e inadeguatezza di risorse pubbliche, da destinare al miglioramento e mantenimento della funzionalità delle infrastrutture e dei servizi pubblici sul territorio ed in secondo luogo l'assoggettamento a più stringenti parametri economico-finanziari

⁸⁵ L'Emilia-Romagna ha coperto il 34% del valore totale della domanda di PPP nel 2016 pari ad un importo di circa 4,5 mld. Hanno contribuito a conseguire tale primato alcune iniziative di importo unitario superiori a 100 mln, ovvero le concessioni per l'affidamento del Servizio Idrico Integrato nelle province di Rimini e di Piacenza dell'importo complessivo di 3,9 mld; la concessione di cui all'art. 15 d.lgs. n. 50/2016 per la costruzione e gestione dell'infrastruttura passiva a banda ultralarga dell'importo di 232 mln aggiudicata nel mese di marzo 2017; la concessione di servizi affidata mediante finanza di progetto attivata dal Comune di Bologna ai fini della gestione integrata delle attività sportive (agonistiche e dilettantistiche) insieme alla gestione tecnica e funzionale degli impianti sportivi dedicati all'attività del nuoto, per un importo pari a 110 mln, aggiudicata nel mese di agosto 2016.

stabiliti a livello europeo, dal Patto di stabilità e di crescita⁸²⁹, approvato dal Consiglio europeo nel 1997, ai suoi numerosi aggiornamenti⁸³⁰ fino

⁸²⁹ A. Antonelli, *Il partenariato pubblico-privato nelle dinamiche di finanza pubblica*, in A. Fioritto (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico-privato*, Torino, 2017, 164 ss.

⁸³⁰ Il Patto di stabilità e di crescita è costituito da un insieme di norme dirette al coordinamento delle politiche di bilancio nazionali nel quadro dell'Unione economica e monetaria. Esso si pone l'obiettivo di assicurare il continuo rispetto dei parametri di convergenza riguardanti il disavanzo e il debito pubblico che devono contenersi rispettivamente entro i limiti del 3% del PIL e del 60% del PIL rafforzando così la prospettiva di integrazione monetaria a livello europeo. Il Patto è disciplinato dall'art. 121 TFUE (ex art. 99 TCE) e dall'art. 126 TFUE (ex art. 104 TCE), dal Protocollo n. 12 sulla procedura per disavanzo eccessivo allegato a TFUE, dalla risoluzione del Consiglio europeo di Amsterdam del 17 giugno 1997 sul Patto di Stabilità e crescita, dalle Conclusioni del Consiglio europeo del 22-23 marzo 2005; dalle Conclusioni ECOFIN del 10 ottobre 2006, del 9 ottobre 2007, dal Regolamento (CE) n. 479/2009 del Consiglio del 25 maggio 2009 relativo all'applicazione del Protocollo sulla procedura per disavanzo eccessivo, dal Codice di condotta adottato dall'ECOFIN del settembre 2010, dalla versione consolidata del Regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio come modificato dal Regolamento (CE) n. 1055/2005 del Consiglio e dal Regolamento (UE) n. 1175/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 novembre 2011, dalla versione consolidata del Regolamento (CE) n. 1467/97 del Consiglio come modificato dal Regolamento (CE) n. 1056/2005 del Consiglio e dal Regolamento (UE) n. 1177/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 novembre 2011.

⁸³⁰ Il Regolamento (CE) n. 1056/2005 del Consiglio ed il Regolamento (UE) n. 1177/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 novembre 2011 contengono disposizioni rispettivamente per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio, nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche, sono stati oggetto di revisione nel 2011 nell'ambito di un complesso di sei regolamenti ed una direttiva (c.d. *Six Pack*) che introducevano una più rigorosa applicazione del Patto di stabilità e di crescita per rafforzare la *governance* economica europea. Con il c.d. *Six Pack* veniva fatto obbligo per gli Stati membri di convergere verso l'obiettivo il pareggio di bilancio con un miglioramento annuale dei saldi pari ad almeno lo 0,5%; veniva altresì previsto l'obbligo per i Paesi il cui debito supera il 60% del PIL di adottare misure per ridurlo entro tempistiche soddisfacenti, nella misura di almeno 1/20 della eccedenza rispetto alla soglia del 60%, calcolata nel corso degli ultimi tre anni; veniva anche disposto un semi-automatismo delle procedure per l'irrogazione delle sanzioni per i Paesi che violano le regole del Patto. L'11 marzo 2011 veniva stipulato l'*Euro Plus Pact*, dagli Stati membri dell'eurozona e alcuni stati aderenti, nell'ottica di accrescere la competitività dell'eurozona contribuendo al rafforzamento della stabilità delle finanze pubbliche. Nell'ambito di una più ampia intesa politico-istituzionale per la riforma della *governance* a livello continentale gli Stati membri dell'eurozona hanno proceduto nell'aprile 2011 a concludere un Trattato internazionale per costituire il Meccanismo europeo di stabilità (MES), che reca una procedura di salvataggio degli Stati in difficoltà sotto il profilo economico-finanziario, che dispone di un capitale molto più consistente rispetto ai precedenti fondi istituiti, assolvendo alla funzione di accordare prestiti agli Stati che ne faranno richiesta, subordinando l'erogazione del credito alla sottoscrizione di un piano di risanamento economico invasivo, che vincola le decisioni di bilancio e le politiche economiche degli Stati debitori e li assoggetta ai poteri di vigilanza ed indirizzo della c.d. Troika (ovvero al complesso di Banca Centrale Europea, Commissione Europea e Fondo Monetario Internazionale). L'altra misura adottata in seguito al c.d. *Six Pack*, è il cd. *Two Pack* che comprende segnatamente il Regolamento (CE) n. 472/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013 ed il Regolamento (CE) n. 473/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013. Tali atti legislativi mirano a completare e rafforzare il c.d. *Six Pack*, rendendo più efficaci sia la procedura del semestre europeo sia la parte preventiva e correttiva del Patto di stabilità e crescita: il primo regolamento riguarda il rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri che affrontano o sono minacciati da serie difficoltà per la propria stabilità finanziaria nell'eurozona ed il secondo regolamento recante disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei progetti di bilancio e per assicurare la correzione dei disavanzi eccessivi degli Stati membri nell'eurozona. Sul Meccanismo Europeo di Stabilità si vedano tra tutti G. Napolitano, *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 461 ss.; L. Giannini, *La riforma del meccanismo europeo di stabilità. Un nodo critico nello sviluppo del processo di integrazione*

all'introduzione più recente del *Fiscal Compact*³³¹ (detto anche Patto di Bilancio) entrato in vigore in Europa a partire dal 1° gennaio 2013, e recepito nell'ordinamento nazionale, con l'avvenuta costituzionalizzazione all'art. 81 del c.d. pareggio di bilancio (l. cost. 20 aprile 2012, n. 1)³³², e la sua attuazione (l. 24 dicembre 2012, n. 243)³³³. Ad oggi quindi, in seguito al consolidamento di tale assetto, l'asse orientativo del PPP pare essersi stato spostato verso il perseguimento di obiettivi attinenti al rispetto degli obblighi di finanza pubblica. Proprio il PPP sia dal punto di vista della ricostruzione in sede teorica, sia nelle

europea, in *www.nomos-leattualitaneldiritto.it*, n. 2/2017. Sulla riforma del Patto di stabilità e di crescita ed il *Fiscal Compact* si vedano tra tutti R. Perez, *Il Trattato di Bruxelles e il fiscal compact*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 469 ss.; A. Viterbo, R. Cisotta, *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al Fiscal Compact*, in *Diritto dell'Unione europea*, n. 2, 2012 323 ss.; A. Viterbo, *La riforma del patto di stabilità e di crescita*, in *Dir. econ.*, n. 1/2012, 76 ss.; G. Della Cananea, *Stato e mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*, in *Munus*, n. 1/2013, 24 ss. Sul tema degli obiettivi europei di finanza pubblica si vedano tra gli altri M. Degni, P. De Ioanna, *Il vincolo Stupido. Europa e Italia nella crisi dell'euro*, Roma, 2015; R. Dickmann, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *www.federalismi.it*, 2012.

³³¹ Il c.d. *Fiscal Compact*, entrato in vigore il 1° gennaio 2013 a cui è seguita la ratifica da parte degli Stati membri dell'UE (con eccezione del Regno Unito e dell'Ungheria che non avevo sottoscritto detto accordo), prevede un complesso di obblighi cui devono ottemperare gli Stati membri dell'Unione Europea in materia di finanza pubblica, tra i quali si ricordano: l'impegno a garantire un *deficit* strutturale non superiore allo 0,5% del PIL e, per i Paesi il cui debito è inferiore al 60% del PIL, l'1%; la richiesta di impegno per ogni Stato per l'attuazione di correzioni automatiche in caso di mancato conseguimento degli obiettivi di bilancio concordati con scadenze prefissate; il recepimento delle nuove regole di bilancio nella legislazione nazionale, a livello innanzitutto costituzionale; l'obbligo di mantenimento del *deficit* pubblico al di sotto del 3% del PIL, pena l'attivazione di sanzioni.

³³² Da intendersi non appena quale mera parità contabile tra entrate e uscita, bensì secondo il dettato costituzionale quale istituzionalizzazione di un principio di gestione nell'attività di impostazione della politica economica, come ha puntualizzato S. Nicodemo, *Funzioni fondamentali e finanza locale per la tutela dei diritti*, in A. Morrone (a cura di), *La costituzione finanziaria*, Torino, 2015, 173.

³³³ La riforma del 2012 ha delineato alcuni profili assolutamente centrali che riguardano la qualificazione del nuovo vincolo non inteso appena quale obbligo di pareggio bensì quale necessario conseguimento dell'equilibrio tra poste attive e poste passive del bilancio pubblico in un'accezione meno stringente e vincolante. Un altro profilo significativo è la possibilità che tale vincolo possa non venire rispettato in determinate ipotesi derogatorie previste che riguardano casi eccezionali o straordinari che si pongono fuori dalla possibilità di controllo del soggetto pubblico o rispondono alla necessità di affrontare un ciclo economico avverso. Ancora altri profili concernono l'imposizione di vincoli più stringenti alla facoltà di spesa dei soggetti pubblici all'indebitamento in particolare quale forma di copertura. Un'altra previsione riguarda la possibilità riconosciuta agli enti locali di realizzare spese per investimenti in infrastrutture, pur nella presenza di nuovi vincoli operativi e contenutistici (cfr. A. Antonelli, *Il partenariato pubblico-privato nelle dinamiche di finanza pubblica*, in A. Fioritto (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico-privato*, cit., 166-167). Sull'impatto dei vincoli europei nell'ordinamento nazionale a seguito della riforma del 2012 si vedano tra gli altri N. Lupo, *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in *www.arsae.it*, 2011, A. Brancasi, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *www.forum-costituzionale.it*, 2012; A. Morrone, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in *Lavoro e diritto*, n. 3/2013, 357 ss.; M. Luciani, *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2013, A. Antonelli, *L'introduzione del "pareggio" di bilancio nella Costituzione: nuove prospettive per la governance della finanza pubblica*, in *www.federalismi.it*, 2016.

sue declinazioni e nelle sue manifestazioni concrete a livello giuridico, tuttavia, può correre il rischio, com'è stato segnalato in dottrina⁸³⁴, di essere significativamente inciso dalla nuova configurazione giuscontabile dell'assetto della finanza pubblica. Ciò in ragione del fatto che la necessità di assicurare il rispetto di determinati principi di contabilità pubblica in ottica esclusivamente funzionale al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica può condurre i soggetti pubblici a ricorrere al PPP non per assolvere a reali esigenze d'interesse pubblico a favore della collettività nella realizzazione degli investimenti per opere e servizi pubblici, bensì semplicemente per ottemperare precisi obiettivi di tipo economico-finanziario.

Resta vero, tuttavia, come ha osservato acutamente autorevole dottrina che, il ritardo inescusabile dell'Italia nel colmare il *gap* innanzitutto a livello infrastrutturale⁸³⁵, prevedendo ingenti investimenti pubblici (che il ricorso al PPP agevolerebbe rivelandosi così un volano prezioso per il rilancio dello sviluppo) non si può addossare all'Unione Europea e ai suoi atti legislativi, che impongono l'equilibrio di bilancio ed il contenimento del *deficit*. L'Europa sin dai trattati fondativi e anche nel *Fiscal Compact*, ha sempre dimostrato un *favor* spiccato per gli investimenti pubblici, non ponendo alcun ostacolo normativo all'intervento pubblico, anche diretto, finalizzato al sostegno agli investimenti, e mai vietando il ricorso all'indebitamento per finanziare investimenti ed anzi introducendo norme promozionali in questo senso (ad esempio l'art. 126 comma 3 del TFUE)⁸³⁶.

I fattori appena citati fondano, infatti, la consapevolezza che il PPP, fin dalla sua affermazione nel mercato delle opere e dei servizi pubblici a partire dal 2000, rappresenta una strada complessa, ma obbligata da percorrere negli anni a venire, come testimoniano le indicazioni provenienti dall'Unione Europea, che ha

⁸³⁴ A. Antonelli, *Il partenariato pubblico-privato nelle dinamiche di finanza pubblica*, in A. Fioritto (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico-privato*, cit., 173

⁸³⁵ Cfr. Ministero dell'Economia e delle Finanze, *Documento di Economia e Finanza, Allegato: Connettere l'Italia: fabbisogni e progetti di infrastrutture*, Aprile 2017, in www.mef.gov.it

⁸³⁶ In questi termini si è espresso G. Della Cananea, *Stato e mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*, in *Munus*, n. 1/2013, 17 ss. secondo cui «non può dirsi, insomma, che dal Trattato di Maastricht sia derivato un vincolo sulla spesa per investimenti (...)» e che «nel promuovere la prima revisione del Patto di stabilità e crescita, la Commissione ha fatto riferimento in modo espresso agli investimenti e la proposta è stata accolta dal Consiglio. Si è consolidato il favor per gli investimenti, anche se finanziati in disavanzo, coerentemente con l'ambizione del Patto di promuovere sia la stabilità finanziaria, sia la crescita». Pertanto sempre ad avviso dell'A. deve essere esclusa l'ipotesi secondo cui «(...) la riduzione delle spese destinate agli investimenti registrata in Italia costituisca la conseguenza delle norme dell'Unione europea, degli indirizzi impartiti dalle sue istituzioni. Questa conclusione è confortata, d'altronde, dagli studi empirici. Essi hanno constatato che la riduzione delle spese per investimenti registrata in Italia non ha riscontri in tutti gli altri partner europei».

inaugurato una nuova stagione degli investimenti con il c.d. Piano Juncker³³⁷. Tale iniziativa rappresenta quindi un passo importante nella creazione di un modello europeo per il finanziamento degli investimenti che pesi il meno possibile sulle finanze pubbliche³³⁸, insieme anche al *Quantitative Easing* attivato su iniziativa della Banca Centrale Europea (BCE). Per questo da oltre quindici anni il ricorso a tale fenomeno di collaborazione pubblico-privato compare, quale priorità per integrare gli investimenti pubblici, nell'ambito degli intenti programmatici economico-finanziari dei governi³³⁹. A complicare il quadro, nel 2008 è intervenuta la crisi economico-finanziaria, che ha inciso in modo significativo, condizionando fortemente le politiche di bilancio dei Paesi europei, tra cui l'Italia, in senso restrittivo, ovvero di contenimento e di razionalizzazione della spesa pubblica ed al contempo di consolidamento sul piano fiscale, per perseguire la riduzione del debito pubblico³⁴⁰. Tutto ciò ha comportato com'era intuibile una progressiva

³³⁷ Cfr. Audizione dell'Ufficio parlamentare di bilancio nell'ambito dell'indagine conoscitiva sul Piano di investimenti per l'Europa, Commissione V Bilancio – Camera dei Deputati, 25 febbraio 2015, «Da parte della Commissione una prima risposta è venuta col “Piano di investimenti per l'Europa” (COM(2014) 903), presentato il 26 novembre 2014, che prevede lo stanziamento iniziale di 21 miliardi, composti da una garanzia di 16 miliardi proveniente dal bilancio dell'UE (ricavati dal Meccanismo per collegare l'Europa per 3,3 miliardi, da Orizzonte 2020 per 2,7 miliardi e dalla riserva di bilancio per 2 miliardi), e da un impegno della BEI di 5 miliardi di euro. Applicando a tale somma iniziale il moltiplicatore di 1 a 15, che costituisce - a detta della Commissione - una stima prudente rispetto ai più elevati effetti moltiplicativi verificatisi nell'ambito dei programmi BEI e COSME, i 21 miliardi da assegnare a un nuovo Fondo europeo per gli investimenti strategici, da istituire in seno alla BEI, dovrebbero mobilitare complessivamente 315 miliardi nell'arco di tre anni 2015-2017. Tale somma, peraltro, non tiene conto del potenziale derivante dagli eventuali contributi delle banche di promozione nazionali e degli stessi Stati membri (sui quali ultimi non si applicherebbero i vincoli del Patto di stabilità e crescita)». Secondo il DEF 2016 «La realizzazione dei progetti promossi dal Fondo Europeo per gli Investimenti Strategici (FEIS, al cuore del cosiddetto “Piano Juncker”) sta già offrendo un contributo al rilancio degli investimenti privati: in base agli ultimi dati si registrano ventinove iniziative tra accordi di finanziamento e progetti infrastrutturali, per 1,7 miliardi di risorse. Considerando l'effetto della leva finanziaria potranno essere attivati investimenti pari a circa 12 miliardi».

³³⁸ F. Bassanini, E. Reviglio, *Gli investimenti di lungo periodo in Europa dalla crisi finanziaria al Piano Juncker*, in *Astrid Rassegna*, n. 11/2015, 16

³³⁹ Cfr. DPEF 1999-2001 secondo cui «(...) un programma di interventi di tale entità non può essere finanziato integralmente a carico dello Stato. Appare dunque necessario ricorrere a forme di realizzazione che sfruttino le risorse pubbliche disponibili, il cofinanziamento europeo, il ricorso alla finanza di progetto in modo integrato con i privati, così da consentire l'utilizzo contestuale dei diversi canali di finanziamento». Analogamente anche il DPEF 2000-2003 constatava che «(...) il coinvolgimento dei privati nell'attività di finanziamento realizzazione e gestione di infrastrutture di servizi di utilità pubblica costituisce una priorità (...)». Anche il DPEF 2004-2007 con riferimento al quadro delle azioni europee per la crescita «(...) andrà in particolare aumentata la capacità di leva sul mercato, attraverso strumenti come la fornitura di garanzie per progetti PPP, la partecipazione in fondi di investimento infrastrutturale e di project financing nonché le operazioni di finanza strutturata». Il DPEF 2006-2009 confermava che «(...) l'Italia dispone di una dotazione di infrastrutture inferiore a quella degli altri partner europei. A tal fine il Governo intende incrementare le spese in conto capitale destinate agli investimenti pubblici».

³⁴⁰ Cfr. DEF 2015 che in merito alla gestione della finanza pubblica negli anni della crisi osserva come «(...) La crisi economico – finanziaria iniziata nel 2008 ha avuto severe ripercussioni sui conti pubblici italiani. Tra il 2007 ed il 2009 il disavanzo ha subito un forte peggioramento,

riduzione nell'esposizione degli Stati verso gli oneri legati agli investimenti infrastrutturali e conseguentemente una contrazione del ricorso anche al PPP negli anni della crisi⁵⁴. E' evidente che ciò ha aggravato il già presente *gap*

passando dall'1,6 al 5,4 per cento. Il deterioramento ha coinvolto anche il debito pubblico, cresciuto sensibilmente nel biennio 2008-2009 (da 105,7% a 116% del PIL). È in questo contesto che matura la decisione del Consiglio UE di aprire, nell'ottobre 2009, una procedura per deficit eccessivo nei confronti dell'Italia. La necessità di ricondurre i saldi entro i livelli concordati con la UE impone l'adozione di una politica di bilancio orientata al consolidamento fiscale. Il D.L. 78/2010 che, in un contesto caratterizzato da tensioni sui mercati finanziari dovute alla crisi greca, anticipa al mese di maggio la realizzazione della manovra di bilancio per gli anni 2011-2013, è il primo degli interventi attuati dal governo nell'ottica del risanamento economico finanziario. La manovra, attraverso una serie di misure di contenimento concentrate prevalentemente sulle spese correnti, dispone una riduzione del disavanzo pari a circa 12 miliardi nel 2011 e a 25 miliardi a partire dal 2012, assicurando l'assorbimento del disavanzo entro il 2014. Nel pieno dello sforzo per il risanamento dei conti pubblici, la situazione economica internazionale subisce un ulteriore deterioramento sul quale, nel corso della primavera 2011, si innesta una fase di instabilità dei mercati finanziari, che coinvolge anche i titoli pubblici italiani. Per arginare la crisi di fiducia e ribadire l'impegno alla realizzazione del consolidamento dei conti già intrapreso, il governo approva fra maggio e dicembre 2011 tre manovre correttive che, complessivamente considerate, determinano una correzione del saldo di entità considerevole (circa 48,9 miliardi nel 2012, 75,7 miliardi nel 2013 e 81,3 miliardi nel 2014), necessaria a raggiungere il pareggio di bilancio strutturale. (...) È in questo contesto che vengono disposti l'innalzamento delle aliquote IVA, l'introduzione dall'Imposta Municipale Unica, l'inasprimento delle accise e la revisione dei regimi di agevolazione fiscale esistenti, cui si associa una clausola di salvaguardia che prevede ulteriori aumenti delle aliquote IVA a garanzia della realizzazione degli obiettivi programmatici. Dal lato della spesa, accanto alle misure di razionalizzazione della spesa corrente degli enti centrali, di quella sanitaria e al rafforzamento degli obiettivi del Patto di Stabilità interno, un contributo consistente viene fornito dalla revisione dei regimi pensionistici. Pur evitando l'insorgere di una crisi debitoria, l'azione di risanamento esercita però effetti negativi sull'attività economica (indicati nel grafico dall'aumento di circa 2 punti percentuali dell'output *gap*) che, sulla scorta della contrazione della domanda interna, dell'indebolimento delle esportazioni e della riduzione degli investimenti, subisce un nuovo rallentamento. Superata la fase di gestione della crisi, a partire dal 2012 il governo inizia a rivedere l'impostazione della politica di bilancio per gli anni a venire, cercando di conciliare le esigenze di consolidamento fiscale con quelle di sostegno all'attività economica. Il D.L. 95/2012 (cd. Spending Review) e la successiva Legge di Stabilità 2013 seguono questo approccio, introducendo misure di razionalizzazione della spesa al fine di sterilizzare gli aumenti delle aliquote IVA previsti dalla clausola di salvaguardia contenuta nella manovra 2011, nonché per finanziare interventi di manutenzione straordinaria ed investimenti nella rete infrastrutturale. Complessivamente, i due provvedimenti operano una contestuale riduzione delle entrate e delle spese per circa lo 0,5 per cento del PIL nel triennio 2013-2015. Nonostante un contesto congiunturale molto sfavorevole, con il PIL reale che nel 2012 segna una contrazione del 2,4 per cento, i risultati in termini di risanamento dei conti pubblici sono molto positivi. A fine 2012 l'indebitamento netto in rapporto al PIL risulta pari al 3 per cento, marcando una riduzione di circa 0,8 punti percentuali rispetto all'anno precedente, in linea con gli impegni assunti a livello europeo. A fronte di tale risultato si chiude la procedura per disavanzo eccessivo aperta nel 2009. L'impegno del governo a sostenere, nei limiti degli spazi consentiti dal processo di risanamento finanziario, la ripresa economica prosegue nel 2013, con l'avvio del processo di smaltimento dei debiti pregressi della Pubblica Amministrazione, cui vengono destinate risorse che peggiorano l'obiettivo di disavanzo per l'anno in corso di circa lo 0,5%».

⁵⁴ Cfr. *L'attuazione della "legge obiettivo" - 8° Rapporto per la VIII Commissione ambiente, territorio e lavori pubblici in collaborazione con l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Camera dei deputati, XVII legislatura, Documentazione e ricerche, n. 94, Gennaio 2014, che testimonia come l'aggravamento della crisi economica - finanziaria abbia determinato la contrazione generale del mercato degli appalti pubblici, ovvero degli importi degli appalti di lavori banditi che dal 2011 al 2012 sono diminuiti del 24,6% (passando da 30,5 a 23 mld di Euro) e anche del PPP che è stato significativamente inciso con un calo degli importi riguardo agli appalti di lavori dal 2011 al 2012 pari al 40% (passando da 13,1 a 7,8 mld di euro). Il trend negativo è proseguito anche nel 2013 con un calo più contenuto pari al 12,4% per le il mercato degli appalti pubblici di lavori e del 33,8% per il mercato del PPP.

infrastrutturale del nostro Paese che diventa fonte di diseconomie innanzitutto per il sistema economico-produttivo. Da qui l'esigenza, come ha segnalato il Governo italiano nel DEF dell'ultimo triennio, di rilanciare gli investimenti pubblici, che peraltro nel 2015 hanno arrestato la propria decrescita con la previsione negli anni a venire di una crescita graduale delle spese in conto capitale, proprio per migliorare la competitività del settore economico. Ciò è avvenuto, da un lato mediante il rinnovato coinvolgimento e l'integrazione sinergica dei capitali privati dall'altro realizzando una più corretta programmazione e valutazione delle opere pubbliche ed una maggiore trasparenza e certezza in termini procedurali e di finanziamento delle medesime, fornendo supporto maggiore e assistenza tecnica alle stazioni appaltanti pubbliche, per conseguire una migliore e più efficiente allocazione della spesa pubblica⁸⁴². Come è stato autorevolmente sostenuto⁸⁴³ l'integrazione efficace ed efficiente di capitali pubblici e privati diventa una priorità necessaria per conseguire la ripresa e lo sviluppo a livello economico, attesa l'attitudine del PPP di sgravare in termini di oneri la finanza pubblica e permettere con una prospettiva di medio-lungo periodo la realizzazione di un programma infrastrutturale per l'ammodernamento e l'innovazione del Paese

⁸⁴² Cfr. DEF 2014 che ha suggerito la configurazione di un «(...) nuovo approccio nella costruzione della offerta infrastrutturale e trasportistica del Paese» il quale in ragione della «(...) limitata disponibilità di risorse pubbliche» fortifica «(...) nella esigenza di coinvolgere capitali privati anche alla luce delle norme sulla defiscalizzazione che possono rendere bancabili una serie di interventi». Il DEF 2015 ha ravvisato che «(...) nel 2015 si è finalmente interrotta la caduta degli investimenti pubblici, nei prossimi anni si prevede un graduale incremento della spesa in conto capitale. In una prospettiva di medio-lungo termine le azioni dell'esecutivo saranno dirette a i) rafforzare la governance degli investimenti pubblici; ii) aumentare la capacità progettuale nella predisposizione delle opere pubbliche; iii) estendere la trasparenza nelle procedure di svolgimento; iv) migliorare i processi di valutazione ex ante ed ex-post. Più in generale, politiche di massima trasparenza informeranno tutta l'azione della pubblica amministrazione non solo come strumento di prevenzione della corruzione, ma anche come leva per incrementare l'efficacia dell'intervento pubblico. Il DEF 2016 conferma che per il rilancio della crescita e dell'occupazione è fondamentale «(...) una costante azione di riforma strutturale del Paese e di stimolo agli investimenti, privati e pubblici». Infine, nel DEF 2017 il Governo manifesta l'intenzione di «(...) continuare nel solco delle politiche economiche adottate sin dal 2014, volte a liberare le risorse del Paese dal peso eccessivo dell'imposizione fiscale e a rilanciare al tempo stesso gli investimenti e l'occupazione, nel rispetto delle esigenze di consolidamento di bilancio» ritenendo «(...) prioritario proseguire nell'azione di rilancio degli investimenti pubblici; pesano in tal senso significativamente le manovre di finanza pubblica adottate tra il 2008 e il 2013, che considerati i tempi di realizzazione delle opere stanno frenando la crescita della spesa per gli investimenti negli anni successivi. Per conseguire una maggiore efficienza e razionalizzazione della spesa per investimenti occorre riattivare un corretto percorso di programmazione e valutazione delle opere, fornendo certezze procedurali e finanziarie indispensabili all'attività di investimento; a fronte della carenza di capacità di valutazione e progettazione delle stazioni appaltanti e delle Amministrazioni che programmano e finanziano la realizzazione di opere pubbliche, il Governo intende costituire organismi che a livello centrale svolgano attività di supporto tecnico e valutativo alle Amministrazioni anche locali».

⁸⁴³ F. Bassanini, *Finanziamento degli investimenti strategici, project financing, e PPP dopo la crisi*, intervento al meeting UTFP -EPAC, Roma, Presidenza del Consiglio, 15 dicembre 2009.

grazie al *know how* e l'apporto conoscitivo dei soggetti privati, nell'interazione con le pubbliche amministrazioni e attraverso la ripartizione equa dei rischi tra il settore pubblico e quello privato.

Venendo a trattare *funditus* il tema della contabilizzazione delle operazioni di PPP⁸⁴⁴, è possibile osservare, innanzitutto, come gli istituti giuridici espressivi del modello di PPP presenti nella legislazione nazionale hanno vissuto rapporti controversi in rapporto al Sistema Europeo Contabile SEC 1995, che rappresenta la declinazione in sede europea del Sistema Nazionale dei Conti (System of National Accounts - SNA) 2008⁸⁴⁵, così come interpretato da Eurostat con la decisione dell'11 febbraio 2004 (*Treatment of public-private partnership*), in materia di deficit e di rischio. Essa individuava una triplice tipologia di rischi (il rischio di costruzione, il rischio di disponibilità ed il rischio di domanda) in base alla quale un'iniziativa di PPP poteva considerarsi a carico o meno del bilancio pubblico nel caso in cui l'amministrazione pubblica fosse l'acquirente principale dei servizi (opere c.d. fredde). Si stabiliva, infatti, che tali iniziative potessero essere iscritte fuori dai bilanci pubblici delle amministrazioni aggiudicatrici (*off balance*) solo qualora sussistesse e fosse effettivo un trasferimento del rischio al privato che si impegnasse ad assumere il rischio di costruzione ed almeno uno dei due rischi di disponibilità o di domanda. Affinché il trasferimento del rischio economico al privato, sempre secondo Eurostat fosse effettivo «(...) esso deve

⁸⁴⁴ Per un'analisi più approfondita in ordine alla contabilizzazione delle operazioni di PPP si vedano tra gli altri L. Bisio, *La contabilizzazione dei Partenariati Pubblico Privati nei bilanci pubblici*, in M. Nicolai, W. Tortorella (a cura di), *Partenariato Pubblico Privato e Project Finance*, Rimini, 2016, 197 ss.; L. Martiniello, *Le regole di contabilizzazione delle operazioni di "concessione" e di "partenariato pubblico privato" per il soggetto pubblico e privato*, in G.F. Cartei-M. Ricchi (a cura di), *Finanza di Progetto e partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2015, 441 ss.; Unità Tecnica di Finanza di Progetto (UTFP), *Partenariato pubblico privato per la realizzazione di opere pubbliche: l'impatto sulla contabilità nazionale e sul debito pubblico*, in www.programmazioneeconomica.gov.it, 2011.

⁸⁴⁵ Il regime attualmente vigente a livello internazionale, ai fini misurazione delle grandezze economiche che descrivono l'andamento di un sistema economico e il calcolo dei relativi indicatori, è il Sistema dei conti nazionali (System of National Accounts - SNA) 2008. La declinazione in sede europea dello SNA è rappresentata dal Sistema europeo dei conti nazionali e regionali (Sec), nato a livello comunitario nel 1970 per volontà dell'Istituto statistico delle Comunità europee (Eurostat). Nel 1993 la Commissione statistica dell'ONU ha definito un nuovo sistema di conti nazionali, recepito anche in ambito europeo, con il Regolamento (CE) n. 2223/1996 (SEC 95), che ha riformato il sistema previgente, recante il «sistema europeo dei conti nazionali e regionali della Comunità UE». Lo scopo del SEC 95 è garantire innanzitutto l'omogeneità dei criteri di redazione dei documenti di carattere contabile dei Paesi membri al fine di potere operare un raffronto comparatistico nell'ottica di rispettare gli obiettivi assunti in sede europea in ordine al disavanzo e al debito pubblico. Il SEC 95 pone alla base della propria articolazione concetti che rifuggono dai concetti amministrativi in quanto inadatti a orientare un'analisi compiuta in materia di politica economica, ritenendo «importante andare al di là della definizione giuridica di una unità istituzionale o di un flusso economico e descriverne la realtà

essere significativo (ossia tale da mettere in discussione l'equilibrio economico della operazione). Esso, però, può consistere, alternativamente, nel rischio di disponibilità ovvero di domanda». Ciò, anche ad avviso di autorevole dottrina⁸⁴⁶, poneva un duplice problema: il primo per la distinzione tra PPP e concessioni, perché secondo Eurostat sono contratti di PPP soltanto quelli in cui l'amministrazione pubblica corrisponde al soggetto privato totalmente o parzialmente il costo del servizio (c.d. opere fredde). Al contrario sono da considerarsi quali concessioni quelle tipologie contrattuali in cui i servizi sono remunerati in tutto (c.d. opere calde) o in parte (c.d. opere tiepide) dagli utenti. Il legislatore italiano invece qualificava tra i contratti di PPP anche fattispecie che secondo Eurostat non rientrerebbero in tale categoria. Il secondo problema era generato da una malintesa interpretazione del SEC 95, che però non è mai stata fatta oggetto di contestazione per via formale ad Eurostat. Nel frattempo il SEC è stato modificato nel 2010 con effetti a partire dal 2014⁸⁴⁷, con Regolamento UE n. 549/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo al “*Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione europea Testo rilevante ai fini del SEE*” (SEC 2010) del quale si darà conto nel prosieguo della presente trattazione limitatamente a quanto concerne le disposizioni inerenti il PPP anche alla luce dei principali documenti interpretativi ed esplicativi ufficiali quali innanzitutto il MGDD (*Manual on Government deficit and debt*)⁸⁴⁸ dell'Eurostat ed infine il principio contabile internazionale, l'*International Public Sector Accounting Standard* (IPSAS 32) relativo al settore pubblico⁸⁴⁹.

economica» (cfr. Eurostat, *Manuale del Sec95 sul disavanzo e sul debito pubblico*, Lussemburgo, 2002, par. 1.2.)

⁸⁴⁶ M. P. Chiti, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, cit., 9.

⁸⁴⁷ Nel 2009 è stata aggiornata la versione dello SNA 2008 per l'adeguamento dei conti nazionali al mutato contesto economico, ai progressi della ricerca metodologica e alle esigenze dei fruitori. Queste istanze hanno condotto ad un nuovo sistema delle regole di contabilità, con l'adozione del regolamento (UE) n. 549/2013 (SEC 2010) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali, che ha sottoposto a revisione il SEC 95 apportando modifiche, a partire dal 1 settembre 2014, sia all'ambito di applicazione sia ai concetti sottesi alle disposizioni ivi contenute, introducendo nuovi capitoli sui conti satelliti delle amministrazioni pubbliche e del resto del mondo ampliando notevolmente i capitoli relative ai conti trimestrali e ai conti regionali.

⁸⁴⁸ Eurostat, *Manual on Government deficit and debt - Implementation of ESA 2010*, 2016 edition, in www.ec.europa.eu/eurostat in particolare si veda parte VI.3.1.5 Concessions e parte VI.4 Public-Private Partnerships (PPPs).

⁸⁴⁹ Tali principi contabili internazionali sono emessi da un'istituzione giuridica di diritto privato, l'IFAC (*International Federation of Accountants*) sorta su iniziativa di organismi prevalentemente privati e dunque non sono immediatamente obbligatori per le pubbliche amministrazioni mancando un recepimento per via legislativa da parte degli Stati nazionali, anche se numerosi Stati hanno deciso di aderire al processo di armonizzazione contabile internazionale migliorando le rispettive informative di bilancio pubblico. In Italia i principi IPSAS a partire dal 2014 hanno

Secondo il Manuale sul governo del deficit e del debito (MGDD), possono essere ritenute *off balance* le iniziative di PPP dove il soggetto privato assume la maggior parte dei rischi e, allo stesso tempo, ha diritto di godere di larga parte dei benefici derivanti dall'operazione. La direttiva 2014/23/UE ha dunque risolto l'antinomia tra Decisione Eurostat del 2004 per la quale solo i contratti c.d. "freddi" sono da considerare PPP ed il legislatore nazionale, invece, considerava le concessioni quale *species* del PPP, ivi comprese quelle c.d. "calde" dove i pagatori erano gli utenti e non la pubblica amministrazione. Ciò in quanto la nuova disciplina ricomprende in modo unitario le concessioni, anche quelle in cui il principale pagatore è l'amministrazione pubblica. Tale soluzione è stata accolta anche dal legislatore nazionale che nel nuovo Codice dei contratti pubblici (ma era già presente il richiamo anche ne vecchio Codice) ha previsto all'art. 3 comma 1 lett. eee) che «(...) alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat».

Il Regolamento UE n. 549/2013 (SEC 2010) come già in precedenza aveva fatto il Regolamento n. 2223/2006 (SEC 95) si occupa anche dei PPP, definendoli come «contratti a lungo termine stipulati tra due unità, sulla base dei quali un'unità acquisisce o costruisce una o più attività, le gestisce per un determinato periodo e quindi le cede a una seconda unità»⁸⁵⁰. Tali accordi, secondo il SEC 2010, sono conclusi tra un'amministrazione pubblica ed un'impresa privata, ma non sono esclusi altri possibili soggetti contraenti quali le società pubbliche, per la parte pubblica e le organizzazioni senza scopo di lucro per la parte privata. Inoltre, sempre ai sensi del SEC 2010 «le pubbliche amministrazioni possono stipulare un PPP per molteplici motivi, ad esempio nella speranza che la gestione privata comporti una produzione più efficiente, per accedere a un ventaglio più ampio di fonti di finanziamento o al fine di ridurre l'indebitamento pubblico»⁸⁵¹. Il PPP in generale comporta «una notevole spesa in conto capitale per realizzare o rinnovare le attività fisse da parte della società, che poi provvede a farle funzionare e a gestirle per produrre e fornire servizi all'unità delle

avuto parziale applicazione anche se non sono mai stati utilizzati per integrare i manuali e i documenti inerenti la contabilità nazionale, che continuano in prevalenza ad essere modellati secondo quanto stabilisce la Decisione Eurostat del 2004 ed il MGDD così come modificato.

⁸⁵⁰ Cfr. Regolamento (UE) n. 549/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione europea Testo rilevante ai fini del SEE, cap. 15.41.

⁸⁵¹ Cfr. Regolamento (UE) n. 549/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione europea Testo rilevante ai fini del SEE, cap. 15.41.

amministrazioni pubbliche o al pubblico»⁸⁵² per conto dell'amministrazione pubblica. Inoltre in larga parte dei casi «(...) il capitale fisso è caratteristico di taluni servizi generali fondamentali delle amministrazioni pubbliche, quali scuole o università, ospedali e carceri. Può anche trattarsi di infrastrutture, poiché molti dei grandi progetti intrapresi mediante PPP comportano la fornitura di servizi di trasporto e comunicazioni, servizi pubblici o altri servizi (...)»⁸⁵³. Come ricordato in precedenza la realizzazione di interventi mediante PPP introduce, sotto il profilo strettamente contabile, l'imputazione soggettiva a cui ascrivere l'operazione, ovvero se tale operazione dev'essere registrata nel bilancio della pubblica amministrazione (*on balance*), con tutte le implicazioni del caso dall'incidenza sull'indebitamento netto all'aggravio del debito pubblico, oppure in quello del soggetto privato (*off balance*). L'effetto dell'iscrizione dell'operazione *off balance*, in via immediata, comporta che l'infrastruttura realizzata risulta essere di proprietà del soggetto privato e dunque anche la linea di finanziamento connesso alla realizzazione di detta infrastruttura, non peserà sul bilancio della pubblica amministrazione. Ai fini di una valutazione del PPP in termini di convenienza per i soggetti pubblici è fondamentale così definire un sistema che possa offrire strumenti utili a discriminare tra le operazioni che possono essere contabilizzate *off balance* e quelle che invece non possono essere estromesse dal perimetro del bilancio pubblico.

La nuova disciplina europea, dopo alcuni interventi di modifica, nella sua vigente configurazione individua sostanzialmente tre criteri, attraverso i quali ancorare o meno al bilancio pubblico le operazioni di PPP: la presenza di finanziamenti o di garanzie prestate dal soggetto pubblico al *partner* privato⁸⁵⁴, la

⁸⁵² Cfr. Regolamento (UE) n. 549/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione europea Testo rilevante ai fini del SEE, cap. 20.276.

⁸⁵³ Cfr. Regolamento (UE) n. 549/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo al Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nell'Unione europea Testo rilevante ai fini del SEE, cap. 20.277.

⁸⁵⁴ A tale proposito il cap. 20.284 del SEC 2010 per quanto concerne i finanziamenti pubblici mette in evidenza che «un finanziamento maggioritario, garanzie che coprono la maggioranza del finanziamento, o clausole di risoluzione che prevedono un rimborso della maggior parte della quota del fornitore del finanziamento in caso di risoluzione su iniziativa dell'operatore» segnalano l'assenza dell'effettivo trasferimento dei rischi, e dunque l'imputabilità dell'opera al bilancio della pubblica amministrazione. Secondo quanto prevede il MGDD (cap. VI.4) l'amministrazione è abilitata ad offrire finanziamenti per il progetto di PPP ma limitatamente alla concorrenza del 50% dei costi del capitale, in quanto fatta salva la registrazione *on balance* in caso di finanziamenti superiori al 50% è previsto che: se il finanziamento della pubblica amministrazione aumenta fino a divenire maggioritario nella fase di costruzione dell'opera allora si va verso una riclassificazione dei beni e degli *asset* che rientrano nei bilanci pubblici; la regola del finanziamento maggioritario si applica soltanto all'erogazione che proviene da parte di amministrazioni pubbliche nazionali e

corretta analisi e dunque ripartizione di rischi-benefici⁵⁵⁵, con particolare riferimento al c.d. rischio operativo così come descritto nella direttiva 2014/23/UE in materia di aggiudicazione dei contratti di concessione, ed infine nel fattivo esercizio di un controllo nell'attribuzione dei rischi di progetto. I criteri di contabilizzazione sono stati recepiti e confermati peraltro anche da un'attenta attività della Corte dei Conti, anche attraverso le sezioni regionali di controllo⁵⁵⁶. Una volta analizzati i criteri del SEC 2010 e del MGGD perlopiù incentrati sui rischi da allocare, di cui si avvale anche l'Italia, è opportuno accennare sommariamente invece ai criteri dettati dai principi contabili internazionali che

locali, essendo a tale fine esclusi i finanziamenti di provenienza europea. L'altra forma possibile di intervento pubblico, sono le garanzie al *partner* privato da parte della pubblica amministrazione, che permette così un accesso facilitato ai fondi sul mercato a migliori condizioni. La garanzia non implica di per se una classificazione *on balance*, perché esse vengono registrate nel bilancio pubblico solo nel momento in cui vengono escusse. Anche per le garanzie pubbliche vale la medesima regola che assiste i finanziamenti, ovvero possono essere concesse limitatamente alla concorrenza del 50% dei finanziamenti totali per la costruzione dell'opera. Ciò in quanto l'impatto sull'allocazione dei rischi è ritenuto sostanziale ai fini della distribuzione degli stessi in capo all'amministrazione pubblica, prescindendo dal fatto che le medesime garanzie vengano escusse o meno. Il criterio della percentuale dev'essere inoltre integrato dall'analisi circa l'esistenza ed il peso di eventuali clausole contrattuali che garantiscano al soggetto privato livelli minimi in termini di ricavi, di domanda, di rendimento dei servizi, ovvero che prevedano in capo all'amministrazione pubblica di affrontare degli eventuali debiti in caso di *default* del privato.

⁵⁵⁵ Con riferimento alle categorie di rischio delineate nella Decisione Eurostat 2004, la regola confermata è che l'opera viene contabilizzata *off balance* se il privato si assume il rischio di costruzione unitamente al almeno uno tra il rischio di disponibilità o il rischio di domanda, mentre in caso contrario il rischio maggioritario si presume in capo alla pubblica amministrazione, con la conseguenza che le entrate e le uscite eventuali graveranno sull'indebitamento netto mentre le passività generate saranno sommate allo stock di debito pubblico rilevante ai fini del Patto di stabilità e crescita. Oltre al criterio dell'analisi dei rischi, viene richiamato anche l'attenzione sulla struttura contrattuale e finanziaria dell'intervento in PPP, infatti il trasferimento dei predetti rischi potrebbe tuttavia lasciare impregiudicato un assetto contrattuale che prospetti ugualmente un rischio in capo al soggetto pubblico. Accanto ai tre rischi elencati nella Decisione Eurostat 2004, il SEC 2010 prevede che le analisi dei rischi vengano parimenti focalizzate il primo luogo sul rischio di obsolescenza (o di valore residuo) che rappresenta il rischio che al termine del contratto il valore del bene sia inferiore al suo valore atteso di fronte alla possibilità che l'amministrazione pubblica acquisisca il bene stesso. In secondo luogo le stesse analisi concernenti i rischi devono approfondire anche l'esistenza di finanziamenti o di forme di garanzie da parte dell'amministrazione pubblica concedente che si qualificano come maggioritarie a fronte del costo del capitale o al debito nel complesso ovvero all'esistenza di clausole contrattuali vantaggiose per il soggetto privato nel caso di risoluzione anticipata del contratto, tali da annullare ogni tipo di rischio. Per quanto riguarda il rischio di obsolescenza (o di valore residuo) il MGGD prevede che nel caso in cui il bene rimanga in proprietà del soggetto privato o nel caso in cui l'amministrazione pubblica abbia un'opzione di acquisto del bene al valore di mercato, i rischi si presumono allocati in capo al soggetto privato, mentre nel caso in cui tale prezzo per l'opzione di acquisto sia predeterminato o non sia conforme al valore di mercato o sia maggiore o minore di quest'ultimo perché l'amministrazione ha già pagato in precedenza allora il rischio si presume allocato sull'amministrazione medesima. Nonostante ai fini della contabilizzazione *off balance* delle operazioni di PPP sia necessario che la maggior parte dei rischi siano imputati al soggetto privato, i SEC 2010 al cap. 20.283, ricorda come non sia incompatibile in linea di principio con il concetto di PPP contabilizzato *off balance* l'assunzione di una parte dei rischi da parte dell'amministrazione pubblica.

⁵⁵⁶ Si veda *ex multis* C. Conti, sez. reg. contr. Lombardia, 30 luglio 2015, 266/2015/PAR; C. Conti, sez. reg. contr. Liguria, 6 febbraio 2017, 5/2017/PAR; C. Conti, sez. reg. contr., Puglia, 12 giugno 2017, 84/2017/PAR; C. Conti, sez. reg. contr. Lombardia, 6 settembre 2017, 230/2017/PAR;

invece applicano criteri ispirati al controllo. Gli interventi regolatori in materia di contabilizzazione introdotti dall'IPSAS32 fanno riferimento alle concessioni intese nell'accezione europea. In base a questo principio si deve distinguere tra la concessione di servizi ("*service concession arrangement*") e la concessione di *asset* ("*concession asset*"). Nella prima viene concluso un accordo tra l'amministrazione pubblica ed il soggetto privato in base al quale quest'ultimo potrà utilizzare *assets* già esistenti per l'erogazione di servizi pubblici a fronte di un compenso per i servizi erogati per la durata del rapporto. Nella seconda, invece, gli *assets* sono nuovi perché realizzati dal soggetto privato ai fini dell'erogazione del servizio pubblico oppure gli stessi, sono già esistenti e sono oggetto di interventi di manutenzione, ristrutturazione o altro da parte del soggetto concessionario. In questi termini l'IPSAS32 si applicherebbe così, sia alle concessioni di lavori sia a quelle di servizi. Il criterio del controllo ai fini della contabilizzazione, espresso da detto principio contabile internazionale vigente per il settore pubblico, si configura nei seguenti termini: se il soggetto concedente privato controlla l'uso dell'infrastruttura o mantiene sulla stessa un interesse residuo al termine del periodo di vigenza della concessione, questa infrastruttura dovrà essere contabilizzata *on balance*, ovvero all'interno del perimetro contabile pubblico. Al contrario, in mancanza di questi ultimi due requisiti, in caso quindi di controllo sottoposto al soggetto privato, allora l'infrastruttura potrà essere imputata al bilancio del concessionario⁸⁵⁷.

Il tema della contabilizzazione delle operazioni di PPP acquista pregnante e strategica rilevanza sotto il profilo delle regole ne disciplinano il regime, per quanto riguarda l'ordinamento degli enti locali, segnatamente i Comuni, tra i principali attori istituzionali, come visto in precedenza, che fanno ricorso agli strumenti di PPP per mantenere entro *standard* funzionali e rispondenti alle esigenze crescenti della comunità territoriale di propria competenza, sia le infrastrutture sia i servizi pubblici. Innanzitutto, occorre rilevare che il passaggio che ha condotto le pubbliche amministrazioni locali ad abbandonare un sistema di finanza derivata, connotato dalla prevalenza di risorse statali che finanziavano le funzioni fondamentali svolte dalle stesse unità istituzionali, permettendo di

⁸⁵⁷ Come ha osservato L. Martiniello, *Le regole di contabilizzazione delle operazioni di "concessione" e di "partenariato pubblico privato" per il soggetto pubblico e privato*, cit., 447 tale impostazione «(...) molto più restrittiva rispetto al criterio dei "rischi" (...) comporterebbe la contabilizzazione nel bilancio pubblico di quasi tutte le operazioni di "PPP" intese come opere

arrivare ad un sistema maggiormente (anche se non completamente) fondato sulla finanza autonoma, è tuttora in corso di svolgimento e costituisce un'attuazione dell'art. 5 Cost. che esprime il principio di valorizzazione delle autonomie locali, declinato nel senso di maggiore decentramento amministrativo.

In questa situazione possono cogliersi due tendenze opposte: l'una presente nelle norme di principio che favorisce l'autonomia anche in termini economico-finanziari degli enti locali⁵⁸⁵, verso il federalismo fiscale e l'altra sul piano più concreto che va in direzione opposta ponendo, dal livello statale, limiti all'autonomia finanziaria degli enti locali, tra tutti si ricorda la prima ovvero il Patto di Stabilità interno, introdotto all'art. 28 della l. 20 dicembre 1998, n. 448 c.d. Legge Finanziaria 1999⁵⁸⁶ e l'ultima ovvero la l. 28 dicembre 2015, n. 208 c.d. Legge di Stabilità 2016, che dispone l'archiviazione dello stesso Patto⁵⁸⁷. La svolta è stata segnata dalla l. 11 dicembre 2016, n. 232, c.d. Legge di Bilancio 2017, che sembra imprimere una svolta sul capitolo degli investimenti pubblici a favore degli enti locali⁵⁸⁸, interrompendo le politiche pubbliche restrittive degli anni

fredde, dato il ricorrere sia di un controllo pubblico sull'infrastruttura sia di un interesse residuo nell'acquisizione della stessa».

⁵⁸⁵ Si pensi alle norme che hanno dato la possibilità del ricorso a finanziamenti ulteriori rispetto ai mutui della Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. (l. 24 aprile 1989, n. 144 di conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 2 marzo 1989, n. 66, recante "Disposizioni urgenti in materia di autonomia impositiva degli enti locali e di finanza locale"), quelle che hanno permesso l'emissione di Buoni Obbligazionari (l. 23 dicembre 1994, n. 724), quelle che permettevano l'accesso ai fondi comuni d'investimento (l. 23 dicembre 1996, n. 662), fino alla norma che ha introdotto il *project financing* (l. 18 novembre 1998, n. 415).

⁵⁸⁶ Si veda G. Bottino, *Il Patto di stabilità interno*, in *Dir. econ.*, n. 1/2012, 80 ss. secondo cui tale norma determinava le finalità connesse all'introduzione del Patto ovvero il concorso agli obiettivi di finanza pubblica che l'Italia ha concordato in sede europea, la riconduzione del Patto medesimo all'area del c.d. federalismo fiscale, l'individuazione del contenuto originario del Patto ovvero la progressiva riconduzione del fabbisogno e dell'indebitamento netto delle Regioni e degli enti locali. Il Patto di stabilità interno è stato oggetto dopo la sua introduzione nell'ordinamento, di continui interventi di manutenzione finalizzati a riscrivere i saldi economico-finanziari e le modalità di calcolo e specificarne i criteri di applicazione verso le Regioni e gli enti locali, oltre che affermarne la natura tecnica e flessibile. Tale opera di manutenzione è stata declinata attraverso diversi successivi provvedimenti quali l'art. 24 della l. n. 448/2001, l'art. 1 della l. n. 311/2004, gli artt. 1-*bis*, 1-*ter*, 1-*quater* e poi con l'acuirsi della crisi economico-finanziaria europea ed internazionale ha assunto una periodicità annuale con l'art. 77 ss. del d.l. n. 112/2008 convertito in legge n. 133/2008 e più di recente infra annuale.

⁵⁸⁷ Cfr. art. 1 comma 707 l. n. 208/2015 «(...) a decorrere dall'anno 2016 cessano di avere applicazione (...) tutte le norme concernenti la disciplina del Patto di Stabilità interno degli enti locali».

⁵⁸⁸ Cfr. art. 1 comma 140 l. n. 232/2016 che prevede l'istituzione, nello stato di previsione del Ministero dell'economia e delle finanze, di un Fondo con una dotazione di 1.900 milioni di euro per l'anno 2017, 3.150 milioni per l'anno 2018, 3.500 milioni per l'anno 2019 e 3.000 milioni di euro per ciascuno degli anni dal 2020 al 2032. Si prevede che il Fondo, oltre ad assicurare il finanziamento degli investimenti e lo sviluppo infrastrutturale del Paese, sia istituito anche al fine di pervenire alla soluzione delle questioni oggetto di procedure di infrazione da parte dell'Unione europea. Il Fondo generalmente è destinato a finanziare interventi nei seguenti settori: trasporti, viabilità e, mobilità sostenibile, sicurezza stradale, riqualificazione e accessibilità delle stazioni ferroviarie; infrastrutture, anche relative alla rete idrica e alle opere di collettamento, fognatura e

precedenti. Ciò è stato determinato in conseguenza dell'entrata in vigore a livello europeo di norme inerenti il rafforzamento delle regole di finanza pubblica a livello europeo dettate dal c.d. *Fiscal Compact* e recepite nostro Paese, come ricordato, sia a livello costituzionale⁸⁶² sia a livello di legislazione ordinaria, in sede di attuazione del principio del pareggio di bilancio, che per gli enti locali hanno trovato applicazione a partire dal 1° gennaio 2016, ponendosi l'obiettivo di un irrigidimento della contabilità e delle decisioni finanziarie dei medesimi⁸⁶³. Il Patto di Stabilità interno è stato così sostituito da un saldo di competenza tra entrate ed uscite finali, che si concretizza quale concorso all'unità giuridica ed economica della Repubblica, ovvero di Regioni, Province autonome, Comuni, Città metropolitane e Province. Le norme poste a presidio della finanza locale sono contraddistinte quindi da un regime alquanto mutevole nel tempo, nel quale però, tuttavia, resiste una costante di fondo, ovvero l'imperativo di garantire l'equilibrio di bilancio quale presupposto per una corretta gestione e razionale allocazione delle risorse pubbliche da tutelare ed assicurare anche attraverso la sottoposizione a controlli costanti. Se, infatti, dal 2001 con la riforma costituzionale del Titolo V il sistema dei controlli ha subito un'intensificazione per via della predetta esigenza di mantenere la gestione del bilancio degli enti locali, in particolare dei Comuni, entro un livello di tenuta generale dei conti pubblici, successivamente anche a causa della crisi economico-finanziaria e dell'innalzamento del livello dell'indebitamento pubblico, sono stati ulteriormente inaspriti i controlli sull'attività economico-finanziaria delle autonomie locali. È opportuno rilevare in ogni caso che la legislazione vigente in materia di

depurazione; ricerca; difesa del suolo e dissesto idrogeologico, nonché risanamento ambientale e bonifiche; edilizia pubblica, compresa quella scolastica; attività industriali ad alta tecnologia e sostegno alle esportazioni; informatizzazione dell'amministrazione giudiziaria; prevenzione del rischio sismico; la riqualificazione urbana e la sicurezza delle periferie delle città metropolitane e dei comuni capoluogo di provincia; l'eliminazione delle barriere architettoniche. Inoltre tra le altre norme si ricordano l'art. 1 commi da 463 a 508 l. n. 232/2016 recanti le regole di finanza pubblica per il rilancio degli investimenti.

⁸⁶² L'art. 4 della l. cost. n. 1/2012 ha apportato alcune significative modifiche all'art. 119 Cost. integralmente rivisto peraltro già dalla l. cost. n. 3/2001, che ha modificato il Titolo V. Le modifiche innovative riguardano i commi 1 e 6 e prevedono che l'autonomia finanziaria degli enti territoriali è legata oltre che al concorso della «(...) osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione Europea» anche al «(...) al rispetto degli equilibri dei relativi bilanci». Gli spazi per il ricorso all'indebitamento già consentito solo al fine di effettuare spese di investimento sono stati ulteriormente ridotti «(...) con la contestuale definizione di piani di ammortamento e a condizione che per il complesso degli enti di ciascuna Regione sia rispettato l'equilibrio di bilancio».

⁸⁶³ Attraverso la l. n. 243/2012, il legislatore ha dato attuazione a quanto previsto dall'art. 81 comma 6, ai sensi di quanto prevede l'art. 5 della l. cost. n. 1/2012. Il Capo VI della stessa legge, si

ordinamento degli enti locali, ovvero nel TUEL, già prevedeva vincoli per gli stessi enti locali⁸⁶⁴ definiti “statici” accanto ad altri vincoli definiti “dinamici” che trovano, invece, giustificazione normativa nel Patto di Stabilità interno⁸⁶⁵. Le politiche di controllo dei conti pubblici relativi all’assetto contabile degli enti locali si indirizzano a partire da una triplice tipologia di vincoli: gli equilibri di bilancio, il pareggio di bilancio e il saldo di competenza finale, ed infine i limiti all’indebitamento.

Partendo dai vincoli imposti sugli equilibri di bilancio, l’ordinamento contabile di cui all’art. 162 del d.lgs. n. 267/2000 (TUEL) prevede che il bilancio di previsione debba essere redatto nel rispetto dei principi di veridicità e di attendibilità (comma 5) e dispone altresì che tale bilancio è «(...) deliberato il pareggio finanziario complessivo». Peraltro ai sensi dell’art. 193 comma 1 del TUEL, tale pareggio non è da conseguire soltanto in fase di approvazione del bilancio preventivo bensì è da mantenere durante tutto il periodo relativo alla gestione⁸⁶⁶. La disciplina riguardante l’equilibrio di bilancio degli enti locali è stata oggetto di intervento legislativo modificativo ad opera del d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118 in materia di armonizzazione⁸⁶⁷ contabile alla luce della necessità di garantire gli equilibri di medio e lungo periodo, e recante le norme di attuazione della delega di cui all’art. 2, comma 2, lettera h) della l. 5 maggio 2009, n. 42 in materia di federalismo fiscale. Quest’ultimo introduce il nuovo impianto normativo relativamente all’armonizzazione dei sistemi contabili e degli schemi di bilancio delle Regioni, degli Enti Locali e dei loro organismi. Tale normativa ha previsto da una parte il principio di competenza finanziaria e pertanto le obbligazioni sia dal lato attivo sia dal lato passivo perfette sono imputate all’esercizio finanziario nel quale vengono a scadenza, e dall’altra ha previsto il

riferisce all’equilibrio dei bilanci degli enti pubblici territoriali minori e al loro concorso alla sostenibilità del debito pubblico (art. 9).

⁸⁶⁴ M. Collevocchio, *L’armonizzazione dei sistemi contabili e dei bilanci degli enti locali nel quadro del federalismo fiscale e della riforma costituzionale*, in *La Finanza Locale*, n. 3/2012, 52 ss.

⁸⁶⁵ Si veda F. Conte, E. Pattaro, *Gli enti locali tra riordino istituzionale e vincoli finanziari*, in A. Morrone (a cura di), *La costituzione finanziaria*, Torino, 2015, 161, che interrogandosi sulla portata innovativa delle disposizioni sull’equilibrio di bilancio hanno sostenuto che «(...) il principio dell’equilibrio di bilancio era già vigente per gli EELL e che la novella costituzionale ne ha quindi semplicemente rinforzato la portata, “costituzionalizzandolo” ».

⁸⁶⁶ Cfr. art. 193 comma 1, d.lgs. n. 267/2000 (TUEL) «Gli enti locali rispettano durante la gestione e nelle variazioni di bilancio il pareggio finanziario e tutti gli equilibri stabiliti in bilancio per la copertura delle spese correnti e per il finanziamento degli investimenti».

⁸⁶⁷ Il principio di armonizzazione come ha osservato L. Mercati, *Armonizzazione dei bilanci pubblici e principi contabili*, in *www.federalismi.it*, 2014 esprime l’intervento sul piano legislativo dello Stato finalizzato all’introduzione tanto di meccanismi di controllo della spesa pubblica per

piano dei conti integrato e gli schemi di bilancio comuni che adottano una classificazione fondata su missioni e programmi. Le finalità di tale intervento erano quelle di garantire il consolidamento e la trasparenza dei conti pubblici, per il raggiungimento dell'efficienza nella gestione e nell'utilizzo delle risorse pubbliche, assicurare la qualità e la trasparenza delle informazioni nel processo di allocazione e confrontabilità dei dati inerenti il bilancio ed infine promuovere la rappresentazione della situazione economico-finanziaria delle pubbliche amministrazioni con sistemi più adeguati. Emerge nel contesto normativo in tema di equilibrio di bilancio, un limite evidente legato alla realizzazione di investimenti, ovvero quello che riguarda gli equilibri di spese in conto capitale. Il limite risiede nel fatto che il finanziamento per la spesa per investimenti viene reperito mediante soprattutto trasferimenti di capitale, alienazioni o accensioni di prestiti, aumentando così la spesa corrente. Dal momento che, per finanziare le spese di parte corrente, gli enti locali sono costretti, a fronte di tagli dei trasferimenti statali, a ricorrere alla leva impositiva fiscale locale per garantire i livelli qualitativi dei servizi alla collettività, l'unica via per effettuare investimenti, senza gravare sugli equilibri, rimane l'attivazione delle alienazioni e soprattutto il debito che tuttavia incontra un limite alla spesa per interessi, con i vincoli introdotti con la l. n. 243/2012⁶⁶⁶.

Passando al pareggio di bilancio ed al saldo di competenza, è da rilevare che con l'archiviazione definitiva del Patto di Stabilità interno, gli enti locali rimangono assoggettati alla disciplina di cui all'art. 1 commi 707 ss. della l. n. 208/2015 c.d. Legge di Stabilità 2016, che definisce il riferimento normativo previsto per quei medesimi soggetti prima tenuti all'osservanza del Patto di Stabilità interno, riconducibile alle norme in materia di pareggio di bilancio ai sensi della l. n. 243/2012. A questi enti pubblici, tra cui rientrano parimenti anche quelli locali, ai sensi del comma 710, è fatto obbligo di conseguire un saldo non negativo in termini di competenza tra le entrate e le uscite finali ai fini del contenimento dei saldi di finanza pubblica. Rispetto al Patto di Stabilità interno, la nuova disciplina differisce in molti punti, ma conferma in linea generale il sistema di monitoraggio fondato sull'obbligo di invio entro il termine perentorio del 31 marzo dell'anno successivo, da parte degli enti locali, della certificazione relativa

rispettare i vincoli imposti dall'Unione Europea quanto a definire i limiti ed il modo d'essere dell'autonomia finanziaria delle Regioni e degli enti locali nell'ottica di un'unità economica.

ai risultati di bilancio ottenuti, il cui inadempimento costituisce inadempimento agli obblighi di pareggio di bilancio. Un'altra conferma si ritrova parimenti anche nel regime sanzionatorio approntato per gli enti inadempimenti rispetto all'obbligo di conseguire il pareggio di bilancio, che consiste nell'assoggettamento ad una riduzione dei fondi perequativi di provenienza statale in misura pari all'importo corrispondente allo scostamento registrato in bilancio, il divieto di impegno di spese correnti in misura superiore all'importo degli impegni assunti nell'anno precedente, al netto delle spese per il settore sanitario, il divieto a ricorrere all'indebitamento e a quello di assunzione di personale ivi compresi i rapporti di consulenza e collaborazione e di somministrazione, infine l'obbligo di rideterminare al ribasso le indennità di funzione riservate ai titolari d'incarichi di indirizzo politico (presidente o sindaco, e giunta) in misura del 30% rispetto all'ammontare risultante a fare data del 30 giugno 2014. Per quanto concerne il saldo di competenza finale, esso si colloca nell'ambito del sistema degli equilibri previsto all'art. 9 della l. n. 243/2012 secondo cui i bilanci di regioni ed enti locali sono considerati in equilibrio quando «(...) sia nella fase di previsione che di rendiconto, registrano: a) un saldo non negativo, in termini di competenza e di cassa, tra entrate finali e spese finali; b) un saldo non negativo, in termini di competenza e di cassa, tra le entrate correnti e le spese correnti, incluse le quote di capitale delle rate di ammortamento dei prestiti».

Concludendo nella trattazione dei limiti al ricorso dello strumento dell'indebitamento, all'art. 10 comma 1 della l. n. 243/2012 viene confermata, quella che rappresenta una regola fondante della finanza pubblica, la c.d. *golden rule*⁸⁶⁹, che nell'ordinamento interno si traduce con il principio inserito al

⁸⁶⁸ Così L. Bisio, *La contabilizzazione dei Partenariati Pubblico Privati nei bilanci pubblici*, cit., 222.

⁸⁶⁹ Essa trova legittimazione all'art. 126, comma 3, del TFUE, in base alla quale tra i fattori di valutazione cui la Commissione Europea deve fare riferimento, nella fase che precede l'avvio della procedura per i disavanzi eccessivi, deve esserci «la differenza tra il disavanzo pubblico e la spesa pubblica per gli investimenti», oltre chiaramente ai criteri qualitativi e quantitativi previsti dall'art. 126, comma 2, per appurare se vi sia o meno un disavanzo eccessivo. Secondo G. Della Cananea, *Stato e mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*, in *Munus*, n. 1/2013, 19-20 è plausibile ritenere che «l'art. 126, c. 3, TFUE stabilisca una norma di tipo promozionale. La golden rule europea non è, cioè, una norma di tipo direttivo, che richieda agli Stati di effettuare spese per investimenti. Piuttosto (...) la norma discrimina tra le spese per investimenti e quelle di tipo corrente, ricollegando soltanto alle prime un effetto di tipo vantaggioso per gli Stati. Di esse, quindi, non si tiene conto ai fini della misurazione dell'indebitamento. In questo senso, può anche dirsi che la norma riconosca a ciascuno Stato un potere dispositivo, col quale esso provvede da sé a regolare i propri interessi, stabilendo una determinata soglia agli investimenti finanziati tramite l'indebitamento».

penultimo comma dell'art. 119 Cost.⁸⁷⁰, in base al quale anche gli enti locali non possono ricorrere all'indebitamento, se non per finanziare spese di investimento⁸⁷¹, mentre ciò è impedito per le spese di parte corrente. L'ultimo comma dell'art. 119 dispone il divieto per gli enti locali di ricorrere alle garanzie dello Stato per i prestiti dagli stessi contratti. La l. cost. n. 1/2012, lasciando inalterati gli ultimi due commi predetti dell'art. 119 Cost., conferma un sostanziale *favor* per gli investimenti pubblici da parte degli enti locali⁸⁷². L'altro vincolo ai fini dell'accesso alla procedura di indebitamento è rappresentato per effetto dell'art. 10 comma 3 ss. l. n. 243/2012, dal rispetto dell'equilibrio finanziario non appena del solo ente locale bensì del complesso degli enti di ciascuna Regione, ovvero ricompresi nel territorio di quest'ultima⁸⁷³. L'art. 204 comma 1 del TUEL, da ultimo modificato dall'art. 1, comma 539, l. 23 dicembre 2014, n. 190 c.d. Legge di Stabilità 2015, sancisce i limiti di ordine quantitativo che presiedono all'accesso al mutuo o ad altre forme di finanziamento per finanziare investimenti, stabilendo che è possibile «(...) solo se l'importo annuale degli interessi, sommato a quello dei mutui precedentemente contratti, a quello dei prestiti obbligazionari precedentemente emessi, a quello delle aperture di credito stipulate e a quello derivante da garanzie prestate (...) non supera il 10 per cento, a decorrere dall'anno 2015, delle entrate relative ai primi tre titoli delle entrate del rendiconto del penultimo anno precedente a quello in cui viene prevista l'assunzione dei mutui»⁸⁷⁴. Tale vincolo del 10% all'indebitamento per gli enti locali (vincolo alla

⁸⁷⁰ Per un'analisi più dettagliata si veda G. della Cananea, *Commento all'articolo 119 della Costituzione*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario della Costituzione*, 2006, 2368 ss.

⁸⁷¹ L'ambito oggettivo, quindi cosa debba intendersi per investimento, è stato definito mediante un elenco tassativo, dall'art. 3 comma 18 della l. n. 24 dicembre 2003, n. 350 c.d. Legge Finanziaria 2004, così come da ultimo modificato dal d.lgs. 10 agosto 2014, n. 126. La c.d. Finanziaria 2004 definisce anche l'ambito soggettivo all'art. 3 comma 16 e quali operazioni costituiscano indebitamento all'art. 3 comma 17. A queste disposizioni si aggiungono inoltre gli artt. 199, 202 e 203 del TUEL in tema di ricorso a finanziamenti a copertura di spese d'investimento.

⁸⁷² Come ha asserito G. Della Cananea, *Stato e mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*, cit., 30 «la l. n. 243/2012 ha confermato l'assoggettamento dei bilanci delle regioni e degli enti locali alle regole volte ad assicurare la sostenibilità delle finanze pubbliche. Ha stabilito un vincolo di destinazione per gli eventuali saldi positivi maturati dai governi regionali o locali. Essi possono essere destinati soltanto a due impieghi: l'estinzione dei debiti da essi contratti o, nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea, il finanziamento delle spese di investimento secondo le modalità previste dalla legge (art. 9, c. 3)».

⁸⁷³ Gli enti locali, come hanno osservato F. Conte, E. Pattaro, *Gli enti locali tra riordino istituzionale e vincoli finanziari*, cit., 164-165, «(...) potrebbero ricorrere all'indebitamento anche in fase di crescita, ma a patto che lo facciamo per investire e che l'eventuale proprio disavanzo sia in qualche modo compensato dall'avanzo registrato da altri enti nella stessa Regione».

⁸⁷⁴ Il vincolo attuale del 10% all'indebitamento a partire dal 2015 (fino al 2004 era pari al 25%) è stata oggetto di ripetuti interventi di che l'avevano fissato all'8% tra il 2013 ed il 2014.

spesa per interessi in rapporto alle entrate correnti), rappresenta un vincolo indiretto alla possibilità di ricorrere al debito perché colpisce gli interessi sui prestiti contratti e non direttamente gli stessi prestiti e ciò induce alla ricerca di tassi d'interesse maggiormente convenienti, ma che non hanno avuto sempre nella storia effetti ottimali, come sta a testimoniare il ricorso degli enti locali alla finanza derivata.⁸⁷⁵

Attesi i vincoli alquanto stringenti cui sono soggetti gli enti locali, nell'attività di reperimento di finanziamento per gli investimenti (tra gli enti locali, i Comuni risultano quelli più incisi) ovvero nell'accesso ai prestiti, che rimane comunque la forma di indebitamento ancora prevalente⁸⁷⁶, stante la scarsità di risorse e la crescente difficoltà ad azionare la leva fiscale, si rendono necessarie strade integrative finalizzate ad agevolare il ricorso al mercato finanziario per sostenere gli investimenti. Secondo il Rapporto sulla Finanza Locale 2017⁸⁷⁷ a cura della Cassa Depositi e Prestiti S.p.A. l'Italia ha ridotto in modo significativo gli investimenti pubblici, la cui spesa nel 2016 è tornata ai livelli del 1995, in termini

⁸⁷⁵ Sul punto si veda da ultimo tra gli altri S. Ranucci, *La contabilizzazione dei derivati nel bilancio dell'ente territoriale*, in M. Mulazzani (a cura di), *L'armonizzazione contabile delle Regioni, degli Enti locali e dei loro organismi*, Rimini, 2016, 191 ss.

⁸⁷⁶ Cfr. Ministero dell'Economia e delle Finanze, Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, *Indagine sui mutui contratti dagli enti territoriali per il finanziamento degli investimenti relativa agli anni 2015-2016*, Maggio 2017, www.rgs.mef.gov.it che descrive assetto in cui dall'inizio della crisi ad oggi, ai mutui contratti dagli enti locali hanno registrato un drastico calo pari all'82% (passando dai, 3,7 mld di euro del 2007 ai 660 mln del 2015 ed ai 640 del 2016). Tale dato va comunque messo in relazione alla positiva riduzione dello *stock* del debito (che scende dai 47, 8 mld di euro del 2007 ai 40 mld del 2015, registrando una diminuzione pari al 16,3%) e parimenti della spesa finalizzata agli interessi passivi che è passata da 3,4 mld di euro del 2007 a 1,63 mld del 2015). In questo quadro di riduzione del debito per le amministrazioni locali, aumentava invece quello delle amministrazioni centrali che passava da 1.602 mld di euro a 2.172 mld (+ 35,6%). Il calo del ricorso ai mutui contestuale al dimezzamento dei trasferimenti statali agli enti locali passati dal 25,6 mld di euro del 2007 a 12,3 mld del 2015 hanno determinato una decrescita significativa degli investimenti pubblici da parte degli enti locali passati da 24,3 mld di euro del 2007 a 18 mld (-35%), ed il settore maggiormente colpito è quello della viabilità ed i trasporti, passati da 1,89 mld di euro nel 2007 a 100 mln nel 2015 (-92%). Si veda anche A. Melini, *Il debito locale*, in Cassa Depositi e Prestiti S.p.A (a cura di), *Rapporto sulla finanza locale*, 3, 2017, 2 ss. in www.cdp.it che descrive come l'indebitamento degli enti locali abbia subito una variazione negativa tra il 2007 ed il 2016 pari a 22 mld di euro, evidenziando la discesa del debito degli enti locali dal 7% del 2007 al 5% del 2016 (il debito dei Comuni è diminuito di circa 6,5 mld di euro passando da 47 mld a 41 mld di euro). La contrazione dello *stock* del debito si riflette sugli strumenti utilizzati per finanziarsi: i prestiti tradizionali continuano a svolgere un ruolo principale (aumentando il loro peso dal 62% del totale nel 2007 al 76% nel 2015) anche se risultano in contrazione dell'11% rispetto al 2013, mentre i titoli (compresi i prestiti obbligazionari) hanno subito una forte contrazione (-50%) diminuendo però da 30 mld del 2007 a 15 mld del 2016, le altre operazioni finanziarie tra cui le cartolarizzazioni e altre tipologie di leasing finanziario si sono ridotte passando da 11 mld a 6 mld (-45%). Negli ultimi otto anni la contrazione annua di nuovi mutui è passata da 4,2 mld di euro del 2007 a poco più di 650 mln di euro nel 2016 (-84%), ed i Comuni hanno registrato la contrazione maggiore pari a 2,8 mld di euro.

⁸⁷⁷ D. Ciferri, A. Melini, *L'evoluzione della spesa pubblica: un confronto europeo*, in Cassa Depositi e Prestiti S.p.A (a cura di), *Rapporto sulla finanza locale*, 3, 2017, 2 ss. in www.cdp.it

reali. Tale scelta, resa evidente dalle misure di *spending review* applicate a seguito della crisi finanziaria e dei debiti sovrani, ha avuto evidenti ripercussioni in particolare sulle amministrazioni pubbliche locali, che realizzano la maggior parte degli investimenti nazionali (circa il 60% del totale pari a 21 mld di euro al 2015, a fronte del 40% pari a circa 25 mld di euro invece realizzato dalle amministrazioni pubbliche centrali) e specificatamente degli investimenti in infrastrutture. In particolare i Comuni hanno visti ridotti in misura maggiore i propri investimenti di circa il 32%, a fronte di una riduzione a livello nazionale degli investimenti dal 2008 al 2015 pari al 30%. Se infatti nel 2008 quasi il 22% della spesa totale a livello comunale era dedicata agli investimenti, nel 2015 tale spesa è retrocessa fino al 16%. Appare di tutta evidenza che la riduzione degli investimenti pubblici quale effetto delle politiche pubbliche di consolidamento fiscale, scaricato, come si è visto, prevalentemente sugli adempimenti delle amministrazioni locali, non ha avuto risultati positivi per la crescita e per la capacità del sistema economico di competere. Nelle attuali condizioni, in cui vi sono bassi tassi d'interesse ed una dinamica contenuta della domanda aggregata, rilanciare uno stimolo diretto agli investimenti potrebbe avere effetti positivi sulla crescita in grado di mitigare le politiche di rigore sul bilancio e proseguire in una strada di rientro del debito pubblico nell'attività di consolidamento della finanza pubblica⁵⁷⁸. A questo livello, gli enti locali potrebbero svolgere una funzione importante nelle politiche di rilancio degli investimenti pubblici, perché più in grado di sviluppare in via diretta e immediata le potenzialità di superamento dei vincoli stringenti imposti dal Patto di stabilità interno introdotte dalle recenti normative⁵⁷⁹. Tale percorso non potrà fondarsi esclusivamente sul ricorso a risorse pubbliche, le quali dovranno essere convogliate sempre di più quale volano per gli investimenti mediante il ricorso innanzitutto ad operazioni di PPP *off balance*, le quali possono rappresentare, in un quadro normativo europeo e nazionale

⁵⁷⁸ Cfr. D. Ciferri, A. Melini, *L'evoluzione del rapporto debito/Pil e il contributo degli enti locali*, in Cassa Depositi e Prestiti S.p.A (a cura di), *Rapporto sulla finanza locale*, 3, 2017, 21 in www.cdp.it secondo cui «nel 2016, il debito pubblico ha raggiunto quota 2.218 miliardi di euro, ma il peso relativo del debito delle istituzioni locali si è sensibilmente ridotto (4%, -22 miliardi di euro rispetto al 2007). Tale riduzione è stata più che compensata dall'aumento del debito delle altre Amministrazioni pubbliche (+634,2 miliardi di euro), in particolare quelle centrali».

⁵⁷⁹ Cfr. D. Ciferri, A. Melini, *L'evoluzione del rapporto debito/Pil e il contributo degli enti locali*, cit., 25 che osserva come «il legislatore sembra infatti aver recepito la necessità di modificare l'impianto normativo per favorire la ripresa degli investimenti da parte di quegli Enti che godono di una situazione patrimoniale sostenibile e dispongono dunque di una spazio scale aggiuntivo, semplificando la struttura dei vincoli e soprattutto facilitando la programmazione di medio-lungo periodo degli Enti stessi».

completamente rinnovato in tema di equilibri di bilancio ed indebitamento, uno strumento fondamentale al fine di mantenere ad un livello altamente funzionale gli investimenti pubblici per rispondere ai crescenti e complessi bisogni della collettività in termini di servizi.

5.3. Potenzialità e vantaggi, criticità e asimmetrie del PPP, ai tempi della crisi.

Al di là della significativa contrazione della spesa per investimenti pubblici da parte delle amministrazioni, in particolare quelle locali, derivanti dal modificato quadro normativo ed economico-finanziario, il ricorso al PPP e dunque il coinvolgimento del capitale privato può dimostrarsi strumento idoneo ad affrontare e superare l'endemico problema legato al mantenimento, ed anzi all'implementazione degli *standard* qualitativi e funzionali delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nel rispetto dei vincoli di finanza pubblica.

Le principali potenzialità ed i vantaggi degli strumenti di PPP, si riassumono in primo luogo sicuramente nell'attitudine di questi a ridurre il *gap* a livello infrastrutturale e lo sviluppo di opere anche a livello locale, che difficilmente troverebbero realizzazione in un contesto di scarsità di risorse pubbliche e di difficoltà sul piano finanziario delle amministrazioni pubbliche. In secondo luogo come ricordato in precedenza il ricorso al PPP permette una incidenza piuttosto bassa o addirittura nulla nel processo di contabilizzazione nei bilanci pubblici che vengono così sgravati da oneri finanziari che altrimenti sarebbero ingenti. In terzo luogo (e questo aspetto come è stato illustrato è il presupposto fondamentale che permette l'alleggerimento dal punto di vista economico-finanziario dei bilanci pubblici) il ricorso agli strumenti di PPP consente una più razionale e virtuosa allocazione dei rischi permettendo alle amministrazioni aggiudicatrici di poterli trasferire in tutto o in parte al *partner* privato. Da ultimo il PPP, favorisce una maggiore efficienza nella gestione delle infrastrutture e dei servizi pubblici, a causa dell'interazione positiva tra settore pubblico e settore privato che permette di beneficiare del *know how* e dell'alto grado di specializzazione del soggetto privato consentendo così di ottimizzare le prestazioni e i costi operativi. E' di tutta evidenza che il PPP non dovrebbe essere inteso semplicemente quale mero strumento finanziario alternativo all'intervento diretto delle amministrazioni pubbliche impossibilitate sul piano economico-finanziario *a fortiori* in un periodo

di crisi, bensì dev'essere concepito innanzitutto quale nuovo approccio sia metodologico sia operativo per affrontare il tema legato agli investimenti nella costruzione e gestione di infrastrutture e gestione dei servizi pubblici che rispondono ad una logica di cooperazione e di *partnership* in un'ottica di miglioramento della qualità dei servizi resi alla collettività⁸⁰.

Le principale criticità e asimmetrie del PPP sono non poche e possono essere individuate innanzitutto in una criticità di tipo squisitamente culturale che risiede nell'approccio e dunque nella formulazione delle proposte inerenti la costruzione dei progetti e nella gestione dei rapporti tra soggetti pubblici e soggetti privati, aventi natura e scopi differenti, almeno in partenza. Il passaggio che richiede il PPP non è soltanto meramente tecnico, bensì è innanzitutto culturale e quindi è necessaria una nuova cultura aperta all'integrazione e alla collaborazione sia da parte del settore pubblico sia da parte del settore privato. Da una nuova cultura possono scaturire, infatti, nuove formazioni, nuovi modelli e nuove prassi attuative che possono rappresentare un volano per lo sviluppo del PPP. Un'altra criticità più di sistema generale, attiene sicuramente al quadro nazionale giuridico e politico caratterizzato dalla incertezza e dalla farraginosità, e dunque scarsamente idoneo per operare gli investimenti in quanto la repentina mutazione delle condizioni diventa un fattore disincentivante ad investire e ciò è vero anche e soprattutto per il PPP perché richiede una durata caratterizzata dalla pluriennalità per dimostrare la convenienza in un quadro stabile⁸¹.

⁸⁰ Cfr. C. Conti, sez. riun. contr., *Audizione della Corte dei conti sul Documento di economia e finanza 2017*, Commissioni congiunte bilancio del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati, aprile 2017, in www.corteconti.it, 58 secondo cui il PPP «(...) non può essere considerato solo una modalità di finanziamento che permette di integrare risorse pubbliche, ma soprattutto uno strumento capace di migliorare la qualità dei servizi. E' necessario, pertanto, proseguire nella implementazione delle politiche, in gran parte avviate, mirate al miglioramento di un sistema più stabile, più certo e più trasparente».

⁸¹ Si veda sul punto G. Della Cananea, *Stato e mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*, 16 secondo cui «un ulteriore elemento di criticità, che concerne specificamente il nostro Paese, deriva dalla riforma costituzionale del 2001, che ha invertito il criterio di ripartizione delle competenze legislative utilizzato dalla Costituzione del 1948. Ha attribuito allo Stato competenza legislativa esclusiva in ordine ad alcune materie. Ne ha sottoposto altre alla competenza concorrente dello Stato e delle regioni, affidando a queste ultime la potestà di dettare norme primarie e secondarie. A tacer d'altro, il nuovo riparto include le «grandi reti di trasporto e navigazione» e l'«ordinamento delle comunicazioni» tra le materie sottoposte alla legislazione concorrente (art. 117 Cost.)». Pertanto «(...) le incertezze relative all'ordine delle competenze, la diffusione d'una concezione dell'autonomia poco o punto consapevole degli interessi generali (emblematica l'opposizione di talune comunità all'installazione di elettrodotti), la mutevolezza delle decisioni assunte dagli enti locali hanno ostacolato la realizzazione di opere finanziate dai bilanci pubblici. Hanno influito negativamente sulla componente privata degli investimenti (si pensi alla vicenda degli impianti per la trasformazione del gas): l'incertezza del diritto, la lunghezza delle procedure decisionali, il loro sfociare in ulteriori sequenze giudiziali ne costituiscono altrettante, determinanti cause».

Affrontando il tema legato al grado di attitudine del PPP a divenire uno strumento conveniente nell'assetto normativo nazionale attuale, in particolare servente alle esigenze delle amministrazioni pubbliche per rispondere ai bisogni della collettività in termini infrastrutturali e di gestione dei servizi pubblici, non si può non menzionare due dati di partenza che descrivono le principali criticità e asimmetrie del PPP mettendo in luce efficacemente il *vulnus* da cui muovere per analizzare il tema oggetto della presente trattazione.

Rispettando il criterio cronologico, il primo dato riguarda un'articolata relazione risalente al 2008 della Corte dei Conti concernente la *Gestione dei debiti accollati al bilancio dello Stato contratti da FF.SS., RFI, TAV e ISPA per la realizzazione delle infrastrutture ferroviarie della rete tradizionale e per la realizzazione del sistema "Alta velocità"*: l'attività svolta dai giudici contabili ha riguardato le risultanze del controllo esercitato sulla gestione dei debiti contratti dalla holding Ferrovie dello Stato S.p.A. e successivamente accollati allo Stato⁸⁸². Tali debiti riguardano, in parte, investimenti relativi alla rete tradizionale risalenti agli anni '90, in parte afferiscono alla operazione Alta Velocità e sono stati conseguenti all'abbandono precoce del *project financing*, promosso dalla ormai disciolta società Infrastrutture S.p.A, nata nel 2002. I debiti occorsi in relazione alla rete risalente agli anni '90, sono stati accollati allo Stato a far data dal 1996, in virtù di quanto previsto dall'art. 2, comma 12 della l. n. 662/1996⁸⁸³, per un importo complessivo di euro 31.193.478.511, per prestiti già contratti e autorizzati in base alla legislazione allora vigente⁸⁸⁴. Infine, gli oneri ed il relativo accollo di

⁸⁸² Cfr. C. Conti, Sez. centr. contr., 21 novembre 2008, n. 25/2008/G, *Relazione concernente la "Gestione dei debiti accollati al bilancio dello Stato contratti da FF.SS., RFI, TAV e ISPA per la realizzazione delle infrastrutture ferroviarie della rete tradizionale e per la realizzazione del sistema Alta velocità,"* in www.corteconti.it che specifica come «l'accollo del debito a carico del bilancio statale costituisce una decisione squisitamente politica, scolpita in una specifica disposizione di legge. Entrambe le fattispecie hanno, infatti, in comune la genesi legislativa, nel senso che nascono dalla scelta normativa di accollare debiti, insostenibili per il gestore del servizio pubblico, allo Stato. Le differenziate ipotesi di accollo del 1996 e del 2006 presentano elementi simili sotto diversi profili: le dimensioni rilevanti degli oneri caricati sullo Stato, la gravosità delle operazioni di prestito e delle procedure ad esse collegate, la scarsa trasparenza amministrativa e contabile della gestione del debito».

⁸⁸³ «I mutui e i prestiti della Ferrovie dello Stato Spa, in essere alla data della trasformazione in società per azioni, nonché quelli contratti e da contrarre, anche successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge, sulla base ed entro i limiti autorizzati da vigenti disposizioni di legge che ne pongono l'onere di ammortamento a totale carico dello Stato, sono da intendersi a tutti gli effetti debito dello Stato. Con decreto del Ministro del tesoro sono stabilite le modalità per l'ammortamento del debito e per l'accensione dei mutui da contrarre».

⁸⁸⁴ Cfr. C. Conti, Sez. centr. contr., 21 novembre 2008, n. 25/2008/G, *Relazione concernente la "Gestione dei debiti accollati al bilancio dello Stato contratti da FF.SS., RFI, TAV e ISPA per la realizzazione delle infrastrutture ferroviarie della rete tradizionale e per la realizzazione del sistema Alta velocità,"* in www.corteconti.it che ha rilevato come tali contratti «(...) mettono in luce

questa operazione si sono inseriti all'interno dei tradizionali prestiti di scopo, il cui ammortamento viene rimborsato dallo Stato, anziché mediante i proventi ottenuti dalla gestione del servizio.

I debiti, invece, riferibili al sistema Alta Velocità da realizzare dalle società RFI-TAV, mediante finanziamenti erogati dalla società Infrastrutture S.p.A., reperiti sul mercato finanziario, sono stati anch'essi parimenti accollati allo Stato, per un importo pari ad euro 12.950.000.000, a far data dal 2006, sulla scorta della disposizione di cui all'art. 1, commi 966 ss. della l. n. 296/2006⁸⁵⁵, c.d. Legge Finanziaria 2007. In quest'ultima operazione, invece, gli oneri derivavano da un *project financing* atipico⁸⁵⁶, ovvero con rischi interamente gravanti sullo Stato⁸⁵⁷. I giudici contabili nella relazione hanno rilevato che alla base di tale gestioni, alquanto prive di ogni requisiti di efficacia, efficienza ed economicità, delle quali lo Stato ha deciso di farsi interamente carico⁸⁵⁸ adducendo un danno evidente per la

la spasmodica ricerca di liquidità senza una previa valutazione della consistenza e della convenienza degli oneri correlativamente assunti».

⁸⁵⁵ Cfr. art. 1 comma 966 l. n. 296/2006 «Gli oneri per capitale ed interessi dei titoli emessi e dei mutui contratti da Infrastrutture Spa fino alla data del 31 dicembre 2005 per il finanziamento degli investimenti per la realizzazione della infrastruttura ferroviaria ad alta velocità "Linea Torino-Milano-Napoli", nonché gli oneri delle relative operazioni di copertura, sono assunti direttamente a carico del bilancio dello Stato. Fatti salvi i diritti dei creditori del patrimonio separato costituito da Infrastrutture Spa sono abrogati il comma 1, ultimo periodo, il comma 2, ultimo periodo, e il comma 4 dell'articolo 75 della legge 27 dicembre 2002, n. 289».

⁸⁵⁶ Cfr. C. Conti, Sez. centr. contr., 21 novembre 2008, n. 25/2008/G, *Relazione concernente la "Gestione dei debiti accollati al bilancio dello Stato contratti da FF.SS., RFI, TAV e ISPA per la realizzazione delle infrastrutture ferroviarie della rete tradizionale e per la realizzazione del sistema Alta velocità,"* in www.corteconti.it secondo cui tale operazione di *project financing*, inerente la realizzazione dell'Alta velocità, tradiva peraltro la propria natura, presentando evidenti profili di abnormità che si manifestavano, sempre secondo quanto emerge dalla medesima relazione dei giudici contabili nell'«(...) inattendibilità ab origine della quantificazione dei flussi di entrata presi a riferimento e la sottostima dei costi dell'opera, elemento di particolare gravità in una formula contrattuale di tal genere, ove alle incognite dei mercati finanziari dovrebbe almeno far riscontro la certezza dei costi». Infatti, «(...) la costituzione del patrimonio separato prevista dalla legge è consistita in "proventi e crediti" che non hanno generato, con esito contraddittorio rispetto alla natura del *project finance*, alcun flusso finanziario». Tali anomalie strutturali, erano però forse già note allo stesso legislatore che prevedendo «(...) una garanzia a "pié di lista" dello Stato, aveva effettuato una implicita prevalutazione negativa, in relazione alla "bancabilità" della iniziativa».

⁸⁵⁷ Cfr. C. Conti, Sez. centr. contr., 21 novembre 2008, n. 25/2008/G, *Relazione concernente la "Gestione dei debiti accollati al bilancio dello Stato contratti da FF.SS., RFI, TAV e ISPA per la realizzazione delle infrastrutture ferroviarie della rete tradizionale e per la realizzazione del sistema Alta velocità,"* in www.corteconti.it che conferma l'abnormità dell'operazione perché «(...) in realtà si trattava ab origine di linee ferroviarie finanziate con debito pubblico futuro, neppure acquisito alle migliori condizioni di mercato (anche in considerazione degli elevati costi di intermediazione conseguenti al complesso iter utilizzato rispetto a quelli di attivazione del normale credito di investimento)».

⁸⁵⁸ Cfr. C. Conti, Sez. centr. contr., 21 novembre 2008, n. 25/2008/G, *Relazione concernente la "Gestione dei debiti accollati al bilancio dello Stato contratti da FF.SS., RFI, TAV e ISPA per la realizzazione delle infrastrutture ferroviarie della rete tradizionale e per la realizzazione del sistema Alta velocità,"* in www.corteconti.it che rileva come l'opzione deliberata in sede politica di

finanza pubblica, è mancata sicuramente un'attività di monitoraggio in ordine all'andamento sotto il profilo economico e finanziario delle gestioni poste in essere dai soggetti titolari del servizio pubblico di trasporto, in quanto l'accoglienza di debiti in capo al soggetto pubblico da eccezione è diventata regola periodica per sgravare la gestione altamente deficitarie delle società che gestiscono servizi pubblici⁸⁸⁹.

Il secondo dato ha segnalato che, secondo il Ministero dell'Economia e delle Finanze⁸⁹⁰, infatti, dal 2010 al 2014, oltre il 71% dei contratti di PPP (segnatamente iniziative mediante finanza di progetto) che sale fino all'87% se si considera il valore dell'importo messo a gara (3,5 mld di euro), sono stati riclassificati come operazioni *on balance*, dunque come appalti con un impatto alquanto negativo sui vincoli di finanza pubblica e sui conti pubblici, mentre solo il restante 29% (con un valore di 500 mln di euro) è stato contabilizzato *off balance*. Del complesso dei contratti di PPP monitorati la contribuzione pubblica ammontava a 2,2 mld di euro, dei quali il 95% allocata in progetti *on balance*.

In entrambi i dati citati emerge con tutta evidenza come, anche a distanza di alcuni anni, permane costante una delle principali criticità che caratterizzano da sempre il PPP, ovvero il trasferimento ed il mantenimento del rischio operativo in capo al soggetto privato, requisito soggettivo essenziale non solo per assolvere

imputare al «(...) bilancio statale gli oneri della fallita operazione di project finance è, probabilmente, anche conseguenza del fatto che fin dal 2005 Eurostat ha espresso perplessità sulla esternalizzazione delle poste di finanziamento TAV rispetto al bilancio pubblico, chiedendo la riclassificazione settoriale dei finanziamenti di ISPA a TAV. Nella buona sostanza, la posizione di Eurostat avrebbe abbattuto l'ultimo diaframma di questo project finance virtuale. Ulteriormente esemplificando, può affermarsi che, mentre di regola, il cattivo esito di un project ricade sugli investitori privati (cfr. in proposito la vicenda dell'Eurotunnel che è gravata sui risparmiatori e sulle banche), nel caso di specie detto onere è gravato interamente sullo Stato. Ciò probabilmente perché fin dall'inizio – come emerge dall'ampio carteggio istruttorio citato nel corso della relazione – i mercati finanziari non avevano ritenuto verosimile e conseguentemente appetibile il piano di rientro dell'ingente investimento programmato».

⁸⁸⁹ Cfr. C. Conti, Sez. centr. contr., 21 novembre 2008, n. 25/2008/G, *Relazione concernente la "Gestione dei debiti accollati al bilancio dello Stato contratti da FF.SS., RFI, TAV e ISPA per la realizzazione delle infrastrutture ferroviarie della rete tradizionale e per la realizzazione del sistema Alta velocità"*, in www.corteconti.it secondo cui altri profili sottovalutati o addirittura nemmeno considerati sono emersi dai rapporti contrattuali, sottostanti le citate operazioni di realizzazione delle infrastrutture, serventi il trasporto ferroviario, nei quali si sono ravvisate «(...) complesse clausole finanziarie penalizzano spesso la parte pubblica, la quale, anche a causa della insufficienza di un'azione conoscitiva di supporto, tende ad eseguire pedissequamente gli articolati contrattuali, senza valutare l'opportunità di azionare opzioni in essi contenute» oltre che i costi accessori dell'operazione «(...) dei quali non risulta tracciabile per intero la consistenza e la dimensione in ragione delle spese di nascita, "vitalizzazione" e chiusura delle operazioni societarie nonché degli innovativi strumenti di credito, più onerosi rispetto al credito tradizionale».

⁸⁹⁰ Ministero dell'Economia e delle Finanze, *A focus on Ppps in Italy (8th Annual Meeting of Senior PPP Officials, 23-24 March 2015, OECD Conference Center, Paris)*, 2015, in www.rgs.mef.gov.it

alla qualifica giuridica di PPP, bensì anche ai fini come si è ricordato della contabilizzazione *off balance* dell'operazione, con evidenti risparmi di risorse pubbliche da parte dell'amministrazione pubblica committente. Tutto ciò è avvenuto e continua sovente ad avvenire anche a causa di problemi e asimmetrie normative e operative, cui il legislatore attraverso l'approvazione del D.lgs. n. 50/2016 Codice dei contratti e delle concessioni, ha cercato di fornire un tentativo di risposta eloquente. Innanzitutto, il profilo attinente alla procedura di ricorso agli strumenti di PPP, che per natura hanno durata medio-lunga, e comunque pluriennale, era caratterizzato da un approccio troppo ingessato e irrigidito dalle norme di matrice pubblicistica, mentre la forza del PPP risiede nella sua capacità di essere uno strumento espressione di cooperazione pubblico-privata che non può prescindere dai fattori della flessibilità dell'adeguatezza nel corso del tempo. In questo contesto il nuovo Codice all'art. 181 comma 1 sembra avere fornito una risposta efficace prevedendo che la scelta del partner privato avvenga mediante beninteso procedure ad evidenza pubblica, contemplando esplicitamente però anche il ricorso allo strumento del dialogo competitivo, procedura flessibile che si attaglia in maniera assolutamente adeguata alle esigenze tipiche del PPP. Un'altra difficoltà registrata dalle amministrazioni pubbliche concerne il trasferimento del rischio al privato, che potrebbe dipendere tra le altre cause anche dalla mancanza di un'adeguata preparazione a sostenere operazioni di questo tipo, in assenza di linee guida per contratti *standard*, a partire dai quali redigere i capitoli delle *partnership*⁸⁹¹. A fronte di questo problema, l'art. 181 comma 2 chiarisce in modo efficace e puntuale quali sono le sedi giuridiche preposte a disciplinare il trasferimento del rischio, ovvero il progetto definitivo, lo schema di contratto e di piano economico finanziario che devono essere posti a base di gara ai fini dell'affidamento del contratto di PPP. Un'altra asimmetria che ha caratterizzato il PPP era quella della scarsa attitudine dei progetti presentati e messi a gara di dimostrare l'effettiva convenienza per le amministrazioni aggiudicatrici da tutti i punti di vista *in primis* economico-finanziario. Innanzi a questa situazione è stato introdotto l'obbligo, per via legislativa, di rendere obbligatoria un'analisi incentrata «(...) sulla sostenibilità economico finanziaria e economico sociale

⁸⁹¹ A fronte di tale situazione già nel maggio 2012 l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) aveva emanato alcune raccomandazioni e direttive (*OECD, Recommendation of the Council on Principles for Public Governance of Public-Private Partnerships, 2012*) attraverso le quali cui invitava ad ampliare il ruolo delle autorità governative a presidio del PPP soprattutto sotto il profilo normativo e regolamentare.

dell'operazione» da effettuare nella fase antecedente della promozione di una iniziativa di PPP al fine di verificare se ci sono le condizioni affinché il ricorso a tale fattispecie contrattuale dimostri un effettivo e concreto vantaggio in termini globali per le amministrazioni aggiudicatrici, rispetto ad altre forme quali ad esempio l'appalto, come ha previsto l'art. 181 comma 3 del d.lgs. n. 50/2016 Codice dei contratti pubblici e delle concessioni. L'analisi previa dei costi-benefici, che soprattutto all'estero, in particolare nel mondo anglosassone si avvale di strumenti consolidati di misurazione quantitativa della convenienza delle operazioni di PPP (quali il *Public Sector Comparator*, *Value For Money*, *PPP-test*) e la predisposizione nonché sedimentazione di una prassi applicativa e operativa consolidata, giocano un ruolo determinante perché come ha avuto modo di specificare la Corte dei Conti «per valutare se tale operazione abbia un riflesso sul bilancio dell'Ente e sugli equilibri finanziari è necessario esaminare la fattispecie concreta ed il relativo contratto per comprendere come sia allocato il rischio dell'iniziativa economica. Infatti, l'esatta identificazione e allocazione dei rischi concordata nel contratto di partenariato pubblico privato influisce in maniera determinante sul trattamento contabile dello stesso ai fini della sua imputazione nel bilancio della stazione appaltante (*on balance sheet*) o meno (*off balance sheet*), nonché sulla quantificazione dell'indebitamento a livello aggregato»⁸⁹². Gli stessi giudici contabili già nel 2012 avevano messo in guardia da una lettura puramente formale in ordine ai contenuti sinallagmatici del PPP, invitando a mantenere un approccio sostanzialistico della fattispecie contrattuale per fare emergere la reale natura del contratto di partenariato pubblico-privato⁸⁹³.

Un'altra criticità attiene al mantenimento del rischio in capo al soggetto privato che implica necessariamente un'attività di monitoraggio e pareva non avere trovato debita considerazione in sede legislativa, almeno fino all'avvento

⁸⁹² Cfr. C. Conti, sez. reg. contr. Liguria, 6 febbraio 2017, n. 5/2017/PAR nella fattispecie il Sindaco del Comune di Santo Stefano di Magra ha formulato una richiesta di parere relativo alle operazioni di partenariato pubblico-privato di cui al d.lgs. n. 50 del 2016 con particolare riferimento al *project financing* applicato alla costruzione e gestione di opere pubbliche attualmente allo studio dell'Amministrazione comunale. Nello specifico, il Comune chiedeva quale sia l'impatto dell'operazione sul bilancio comunale e sugli equilibri di finanza pubblica alla luce del pareggio di bilancio introdotto dalla legge finanziaria per il 2016 e il rispetto delle regole in materia di investimenti previste dalla cd armonizzazione contabile. Le conseguenze contabili dell'operazione dipendono dalla classificazione della stessa come "on balance sheet" o "off balance sheet" alla luce dei criteri determinati dalla normativa e dalla giurisprudenza contabile. A tal fine appare necessario valutare l'operazione concreta messa in atto dal Comune.

⁸⁹³ Cfr. C. Conti, sez. reg. contr. Lombardia, 29 marzo 2012, n. 107/2012/PAR; in senso conforme si veda anche n. 439/2012/PAR e n. 266/2015/PAR.

prima della direttiva europea 2014/23/UE in materia di aggiudicazione dei contratti di concessione che ha avuto il merito di chiarire una volta per tutte il concetto di trasferimento del rischio operativo al soggetto privato e successivamente del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni che ha previsto il trasferimento del rischio quale elemento indefettibile e qualificante dei contratti di PPP. In particolare detto Codice all'art. 181 comma 4 demanda all'ANAC, sentito il Ministero dell'Economia e delle Finanze, l'adozione di linee guida per definire le modalità con le quali le amministrazioni aggiudicatrici, mediante la predisposizione e l'applicazione di sistemi di monitoraggio, esercitano il controllo sull'attività dell'operatore economico affidatario di un contratto di PPP. Tutto ciò verificando, in particolare, non solo l'effettivo trasferimento bensì anche l'effettiva e costante permanenza in capo allo stesso dei rischi trasferiti. In attuazione di tale previsione, l'ANAC ha svolto un *iter* procedurale piuttosto complesso⁸⁹⁴ prima di approvare il 1 febbraio 2017 le predette Linee Guida. Dall'istruttoria di approfondimento svolta dall'ANAC prima di elaborare la proposta, è emerso l'intervento in questo ambito, oltretutto necessitato perché rispondente ad un obbligo legislativo «(...) è anche opportuno, in considerazione delle criticità che interessano il mercato del PPP italiano che possono così sintetizzarsi: ricorso eccessivo allo strumento concessorio, visto come modo di eludere presunte rigidità nel sistema degli appalti; ridotta capacità delle stazioni appaltanti nel procedere ad una corretta allocazione dei rischi; elevato tasso di “mortalità” delle operazioni di PPP; riclassificazione ai fini contabili di tali operazioni»⁸⁹⁵. In considerazioni di tali fattori di precarietà che

⁸⁹⁴ In data 10 giugno 2016 l'ANAC ha sottoposto a consultazione pubblica il documento recante «Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato» ai fini dell'adozione delle linee guida previste dall'art. 181, comma 4, del codice. All'esito della consultazione pubblica, sentito il Ministero dell'Economia e delle Finanze, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 1° febbraio 2017, ha approvato lo schema delle predette linee guida che, in considerazione della rilevanza generale delle determinazioni assunte, è stato trasmesso al Consiglio di Stato per l'acquisizione del relativo parere ed è stato altresì inviato alla Commissione VIII - Lavori pubblici, comunicazioni del Senato della Repubblica e alla Commissione VIII - Ambiente, Territorio e Lavori Pubblici della Camera dei Deputati. All'esito dell'acquisizione del predetto parere, l'ANAC procederà all'approvazione e successiva pubblicazione del documento definitivo. A seguito del parere del Consiglio di Stato, resi in data 22 febbraio 2017, l'ANAC ha trasmesso lo schema di linee guida alle Autorità indipendenti di regolazione (AGCOM, AEEGSI, ART), al fine di acquisire il loro contributo alla materia in esame, nei loro singoli settori di competenza (soprattutto con riguardo alle ricadute sotto il profilo regolatorio degli elementi di carattere economico – finanziario). Il documento è stato, altresì, inviato nuovamente al MEF, al fine di confermare e/o integrare le osservazioni già espresse dalla Ragioneria Generale dello Stato.

⁸⁹⁵ Cfr. ANAC, *Relazione Annuale 2016*, Roma, Camera dei Deputati, 6 luglio 2017, 274, in www.anticorruzione.it

limitano o rendono complesso il ricorso ai modelli di PPP, le Linee Guida, come risulta sempre dalla Relazione annuale 2016 dell'ANAC, si propongono di ridurre il tasso di mortalità delle operazioni di PPP avviate dalle amministrazioni aggiudicatrici, di garantire un efficiente ed efficace monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sui contratti di PPP, di migliorare il rapporto tra risultati attesi e risultati effettivamente raggiunti attraverso gli strumenti di partenariato (anche in termini di costo), infine di ristabilire una correttezza ed un rigore in termini di classificazione contabile delle operazioni medesime.

Un'altra criticità evidente che caratterizza il ricorso agli strumenti di PPP è la c.d. bancabilità delle operazioni ed il finanziamento ottimale delle operazioni, perché molte operazioni di PPP non conseguono il *closing* finanziario e registrano un'evidente tasso di mortalità⁸⁶. Da questo punto di vista occorre riconoscere al legislatore il merito di avere tentato, attraverso l'approvazione del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni, di correggere i fallimenti del mercato. Con questo auspicio dev'essere letto, infatti, l'obbligo previsto ai sensi dell'art. 165 comma 3 del Codice, di arrivare alla bancabilità, entro un anno dalla sottoscrizione del contratto o di collocare le obbligazioni sul mercato entro un biennio (comma 5), pena la risoluzione del contratto. Ciò richiede di ripensare radicalmente il ruolo svolto dagli istituti di credito e degli eventuali investitori di *equity*. I soggetti privati che decidono di investire saranno tutelati solo in un mercato di PPP in cui vengono allocati i rischi secondo una logica razionale, ovvero che possono essere assorbiti dal privato, e in un assetto di rispettive competenze tra pubblico e privato diretto da un lato a costruire operazioni sostenibili dal punto di vista economico-finanziario (e dunque effettivamente bancabili) e dall'altro a selezionare gli operatori economici privati maggiormente esperti e capaci affinché il Piano Economico e Finanziario (PEF) del progetto di PPP, sia concretamente implementato all'interno di una gestione ottimale dei rischi. Sotto questo ultimo aspetto è significativa anche la riformulazione della disposizione concernente il riequilibrio economico-finanziario di cui all'art. 165 comma 6. Tale riformulazione appare più adeguata rispetto alla precedente, anche

⁸⁶ Cfr. *Il Project Financing per la realizzazione delle opere pubbliche in Italia: stato dell'arte, criticità e prospettive*, a cura di PCM-DIPE in collaborazione con CRESME Europa Servizi, settembre 2015, che prendendo ad oggetto di indagine 961 opere pubbliche «per quanto attiene ai *financial closing* (inteso come il momento di sottoscrizione del contratto di finanziamento tra il concessionario e la banca - o pool di banche - finanziatrice), si segnala che all'interno del campione risultano 78 progetti che, per conoscenza delle Amministrazioni, hanno raggiunto il

se deve rimanere inteso, come già ricordato (v. *infra* Capitolo II, par. 2.3.) che per «fatti non riconducibili al concessionario» si fa riferimento a quei fatti che esorbitano dal perimetro di quei rischi che il contratto ha demandato alla gestione del soggetto privato. La rilevanza del PEF è strategica, come ha rilevato anche di recente la giurisprudenza amministrativa di primo grado⁸⁹⁷, in quanto pur se la sede in cui allocare correttamente e ripartire in maniera razionale i rischi è quella contrattuale costruendo clausole che rispondano a criteri di efficacia ed efficienza, è necessario che il PEF diventi uno strumento che rifletta tale allocazione cristallizzata nel contratto traducendola in termini di congruità dell'equilibrio economico-finanziario. Secondo quanto riportato dalla Corte dei Conti nel citato Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica 2017⁸⁹⁸, le iniziative di PPP pur in un contesto di crescente difficoltà di accesso al credito, continuano ad essere proposti. In particolare per le operazioni inferiori ai 5 mln di euro tali difficoltà non sembrano avere inciso notevolmente laddove tali progetti sono stati capaci di dimostrare una buona redditività per l'operatore economico privato, mentre invece hanno interessato in modo significativo le procedure di PPP di valore superiore ai 50 mln di euro che sembrano avere subito le ripercussioni conseguenti alla stretta dei *financial close*. Per questo in Italia oltre agli strumenti messi in atto sinora nel panorama legislativo, si stanno compiendo valutazioni per immettere nuovi strumenti giuridici che possano allargare l'offerta di istituti finanziari finalizzati a favorire la bancabilità dei progetti⁸⁹⁹.

contratto di finanziamento (circa il 15 per cento del totale dei progetti giunti alla fase di gestione) tra il 2002 e il 2014».

⁸⁹⁷ Cfr. TAR Toscana, Sez. I, 28 ottobre 2016, n. 1548 che interviene nell'ambito di un contenzioso generato dall'aggiudicazione da parte della Regione Toscana di una procedura di gara per l'affidamento in concessione del servizio di trasporto pubblico locale da realizzare nell'ambito regionale. Nel caso *de quo* la società seconda classificata in graduatoria, aveva impugnato l'aggiudicazione e, ed anche l'aggiudicataria propone avanti alla medesima autorità giurisdizionale un ricorso incidentale per l'esclusione della ricorrente. Il giudice amministrativo di primo grado, ha affermato che ambedue le offerte presentate in gara avrebbero dovuto essere escluse a causa dell'errata valutazione, da parte della stazione appaltante, delle offerte economiche, e, segnatamente, dei piani economico-finanziari presentati dai due soggetti concorrenti, che veniva ritenuti scarsamente attendibili in quanto suscettibili di minare l'effettiva bancabilità del piano stesso.

⁸⁹⁸ Cfr. C. Conti, sez. riun. contr., *Rapporto 2017 sul coordinamento della finanza pubblica*, 27 marzo 2017, n.3, 278.

⁸⁹⁹ Cfr. C. Conti, sez. riun. contr., *Rapporto 2017 sul coordinamento della finanza pubblica*, 27 marzo, n.3, 280 in www.corteconti.it, che ricorda tra gli interventi di agevolazione fiscale che possono avere influito positivamente sull'incentivazione del mercato dei PPP, quello di cui all'art. 18 della l. 12 novembre 2011, n. 183 c.d. Legge di Stabilità 2012 (parzialmente modificato e abrogato da successivi interventi legislativi) che prevedeva misure di defiscalizzazione per favorire la realizzazione di nuove infrastrutture da realizzare mediante contratti di PPP ed il d.l. 12 settembre 2014, n. 133 c.d. Sblocca Italia, che aveva permesso l'applicazione del credito d'imposta a «tutte le nuove opere infrastrutturali previste in pinai o programmi approvati da

Accanto al problema della bancabilità e del perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario delle operazioni di PPP, esiste nondimeno ai fini del successo delle stesse, il problema della qualità del progetto che va accertata come ricordato in precedenza dal punto di vista della fattibilità tecnica e delle sostenibilità finanziaria, economica, prima di destinare risorse pubbliche. Infine, rileva anche la fragilità delle competenze tecniche in ordine all'elaborazione di schemi contrattuali efficaci da parte delle amministrazioni aggiudicatrici pubbliche. Tale *deficit* relativo alla capacità tecnica espressa dalle amministrazioni nelle predisposizioni dei bandi di PPP è emersa, con tutta evidenza, sotto il profilo della parzialità e talvolta dell'assoluta precarietà delle analisi economiche-finanziarie, sottese ai progetti di PPP e ad essi corredate da cui si evince che: su 961 operazioni di PPP prese a riferimento, 752 si sono rivelate totalmente quasi prive di indicatori di tipo economico-finanziari, mentre delle 209 restanti operazioni ne emergevano appena 30 complete di tutti gli indicatori necessari ai fini della valutazione dal punto di vista della sostenibilità economico-finanziaria⁹⁰⁰.

amministrazioni pubbliche» le quali rechino un importo minimo dell'opera pari a 50 mln di euro. E' rimasto invece privo di applicazione, per via della estrema complessità della procedura, la misura disposta all'art. 33 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 c.d. Crescita 2.0, che avrebbe dovuto favorire la realizzazione in PPP di nuove infrastrutture di rilevanza strategica nazionale aventi un importo superiore a 200 mln di euro, riconoscendo ai soggetti un credito d'imposta a valere sull'IRES e sull'IRAP relativi agli utili futuri generati nella costruzione e soprattutto nella gestione di opere nuove in attesa di assegnazione mediante concessione.

⁹⁰⁰ Cfr. *Il Project Financing per la realizzazione delle opere pubbliche in Italia: stato dell'arte, criticità e prospettive*, a cura di PCM-DIPE in collaborazione con CRESME Europa Servizi, settembre 2015, 43 ss. che assume quali indicatori economico finanziari delle operazioni di PPP (e segnatamente di *project financing*) le seguenti categorie atti a valutare la redditività del progetto, la redditività degli azionisti e la sostenibilità finanziaria delle operazioni: TIR (Tasso Interno di Rendimento) degli Azionisti: indica, in termini percentuali, il tasso di rendimento dei flussi di cassa associati agli azionisti, così come individuato nel Piano economico-finanziario; VAN (Valore Attuale Netto) degli Azionisti: indica, in termini monetari, il valore creato o disperso dall'investimento effettuato dagli azionisti nell'arco del periodo della Concessione; TIR (Tasso Interno di Rendimento) di Progetto: indica, in termini percentuali, il tasso di rendimento dei flussi di cassa associati al Progetto, così come individuato nel Piano economico-finanziario; VAN (Valore Attuale Netto) di Progetto: indica, in termini monetari, il valore creato o disperso dal progetto nell'arco del periodo della Concessione; DSCR (Debt Service Cover Ratio): indica il rapporto tra l'importo del Flusso di Cassa Disponibile in un determinato periodo e il servizio del debito - per capitale e interessi - per il medesimo periodo; LLCR (Loan Life Cover Ratio): indica, con riferimento a ciascuna data di calcolo, il rapporto tra il valore attuale netto del Flusso di Cassa Disponibile per il periodo intercorrente tra la data di calcolo e la data finale di rimborso del finanziamento, applicando un tasso di sconto pari al tasso di interesse di tale finanziamento, e la somma degli importi erogati e non rimborsati del finanziamento alla stessa data di calcolo. Con riferimento, infatti, alle evidenze empiriche fornite dai 752 progetti pressoché mancanti di detti indicatori emerge che «L'assenza degli indicatori è data o dalla effettiva mancanza del calcolo degli stessi all'interno della documentazione dei progetti, ovvero dall'inesperienza della singola Amministrazione di reperire tali indicatori. La disponibilità e la conoscenza degli indicatori economico finanziari (...) sono elementi necessari al fine di addivenire ad un uso "consapevole" e

Infine, i problemi maggiori che hanno ostacolato la diffusione del PPP in Italia sono anche in parte dovuti a questioni inerenti i profili di *governance* del fenomeno, soprattutto con riferimento agli investimenti pubblici, che vanno presidiati e rafforzati. Vanno in quest'ultima direzione, le recenti riforme, a partire dal Codice dei contratti pubblici, le linee guida emanate dall'ANAC, la predisposizione di strumenti giuridici standardizzati, la condivisione di buone prassi e di *soft law*, l'implementazione di strumenti di misurazione, monitoraggio e verifica delle performance e della convenienza economico-finanziario delle operazioni di PPP, a livello europeo ed internazionale. In tutto ciò rimangono discutibili perché oltremodo contraddittorie, alcune scelte del legislatore che hanno *de facto* privato il settore del PPP di una cabina di regia pubblica-istituzionale necessaria al rafforzamento della *governance*⁹⁰¹. Se, infatti, il presupposto ineludibile allo sviluppo del PPP, è senza dubbio rendere più attrattivo il mercato del PPP per gli investitori privati ed allo stesso tempo cogliere un'occasione per il rilancio degli investimenti pubblici, è dunque fondamentale che si riducano i *gap* di programmazione degli interventi in opere e servizi. Tutto ciò, come ha ricordato la Corte dei Conti a sezione riunite⁹⁰², esige necessariamente la presenza di un *commitment* pubblico forte a tutti i livelli ed in grado individuare gli interventi sostenibili, sia dal punto di vista della fattibilità, sia della redditività privilegiando progetti complessi a forte contenuto tecnologico e di innovazione.

corretto dello strumento della concessione: è solo grazie ad una corretta individuazione di tali elementi che, da un punto di vista economico-finanziario, può essere realmente valutato l'effettiva fattibilità delle operazioni nonché una efficace ed efficiente impostazione della procedura negoziale. Tale considerazione assume ancora maggiore rilevanza se si considera che, dall'analisi empirica dei dati di cui sopra, emerge con estrema evidenza che nella maggior parte dei casi le stazioni appaltanti italiane non risultano in grado di dominare e gestire detti indicatori».

⁹⁰¹ Con la legge di stabilità 2016 è stata, infatti, soppressa l'Unità Tecnica di Finanza di Progetto, istituita presso il Comitato Interministeriale per la Programmazione Economica (CIPE) dall'art. 7 l. 17 maggio 1999, n. 144 e che aveva tra i propri compiti quello di promuovere, all'interno delle pubbliche amministrazioni, il ricorso a capitali privati secondo schemi di PPP per il finanziamento di infrastrutture e per la successiva gestione dei servizi. Le sue competenze sono state trasferite al Dipartimento per la programmazione e il coordinamento della politica economica della Presidenza del Consiglio dei Ministri (DIPE).

⁹⁰² Cfr. C. Conti, Sez. riun. contr., *Rapporto 2017 sul coordinamento della finanza pubblica*, 27 marzo 2017, n.3, in www.corteconti.it, 282.

CAPITOLO VI

Il principio di sussidiarietà orizzontale da principio a modello del PPP

6.1. Il principio di sussidiarietà alla prova della dottrina e della giurisprudenza nel processo di costituzionalizzazione.

Una volta individuato il quadro assiologico in cui è sorto e si è sviluppato il principio di sussidiarietà (v. *infra* cap. I, par. 1.3.), è necessario in questa sede operare una breve ricostruzione del profilo definitorio sul piano strettamente giuridico nonché dell'impatto normativo e della portata innovativa che tale principio ha avuto nel diritto positivo all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale. La dottrina costituzionalistica⁹⁰³ ha individuato almeno tre dimensioni all'interno delle quali esplica i propri effetti il principio di sussidiarietà: una prima dimensione richiama il concetto di sussidiarietà sotto il profilo economico, e si riferisce la tradizionale rapporto tra Stato e società, una seconda dimensione individua la sussidiarietà quale fattore ordinatorio e di relazione tra le diverse fonti del diritto, in cui sono i criteri di adeguatezza e di sufficienza e non quelli di competenza e gerarchia a individuare la legittimazione a disciplinare una determinata materia, infine un'ultima dimensione rimanda all'organizzazione amministrativa, o più specificatamente all'allocazione delle funzioni e dei compiti sul piano amministrativo tra i diversi attori e livelli istituzionali di governo. Quest'ultima dimensione della sussidiarietà, che ne manifesta la sua accezione verticale, rappresenta un presupposto ineludibile dell'attuazione e dell'altra accezione, ovvero quella orizzontale.

Il principio di sussidiarietà prima dell'avvenuta costituzionalizzazione, ha trovato sistemazione giuridica inizialmente soprattutto con riferimento all'attuazione del principio autonomistico⁹⁰⁴. Con la l. 30 dicembre 1989, n. 439 è stata, infatti, recepita nel nostro Paese la Carta europea dell'autonomia locale del 15 ottobre 1985. Quest'ultima, anche se non faceva espressamente menzione di

⁹⁰³ Si veda in particolare A. Moscarini, *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. e società*, 1999, 437 ss.

tale principio, improntava le proprie disposizioni in una direzione sostanzialmente sussidiaria nelle relazioni inter-istituzionali tra i diversi livelli di governo territoriale.

Tuttavia, l'ingresso ufficiale del principio di sussidiarietà quale principio giuridico a livello legislativo è stato compiuto con l'approvazione della l. 15 marzo 1997, n. 59 c.d. Legge Bassanini che instaurava il c.d. federalismo amministrativo a Costituzione invariata. Attraverso la c.d. Legge Bassanini si è dato avvio ad un processo normativo⁹⁶⁵ di conferimento delle funzioni e dei compiti amministrativi dal livello centrale in capo allo Stato, al livello decentrato, alle Regioni e agli enti locali, anche se già la l. 8 giugno 1990, n. 142 c.d. Legge Autonomie segnatamente all'art. 3, aveva già annoverato tra i propri principi ispiratori, una prospettiva di relazione tra Regioni ed enti locali in chiave chiaramente sussidiaria. Il processo di riforma degli enti locali e dell'esercizio della funzione amministrativa, ha introdotto il principio di sussidiarietà già a partire dagli inizi degli anni '90⁹⁶⁶. Tale principio è assunto a criterio orientativo per la dimensione normativa e organizzativa propriamente ed espressamente nella c.d. Legge Bassanini, al fine di stabilire il riparto di funzioni e compiti tra i diversi livelli di governo, divenendo criterio dirimente sia per il Governo nell'esercizio del potere delegato sia per le Regioni nell'attuazione dei decreti delegati⁹⁶⁷. Con la c.d. Legge Bassanini veniva imbastito un grande progetto di riorganizzazione dell'assetto amministrativo statale, e non un mero conferimento di funzioni e poteri. Era previsto che l'esercizio delle potestà pubbliche concernenti le funzioni e i compiti amministrativi fossero attribuite preferenzialmente al livello di governo sia in termini territoriali sia in termini funzionali più prossimo alla collettività. Ciò con il risultato che il processo di conferimento predetto dallo Stato alle Regioni, e da queste ultime agli enti locali, si è dovuto misurare necessariamente, sulla base dei principi di differenziazione e adeguatezza tenute

⁹⁶⁵ Come ha ricordato A. Ferrara, *Il principio di sussidiarietà come criterio guida della riforma del regionalismo e del welfare state*, in *Regionalismo, federalismo, welfare state*, Atti del convegno, Roma, 9-10 maggio 1996, Milano, 1997, 93.

⁹⁶⁶ La l. n. 59/1997 c.d. Bassanini-uno è stata seguita dalla l. n. 127/1997 c.d. Bassanini-bis, l. n. 191/1998 c.d. Bassanini-ter e l. n. 50/1999 c.d. Bassanini-quater.

⁹⁶⁷ L. Vandelli, *Il principio di sussidiarietà nel riparto di competenze tra i diversi livelli territoriali: a proposito dell'art. 3 B del Trattato sull'Unione europea*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, II, Milano, 1994, 1931 ss.

⁹⁶⁸ Si veda R. Bin, *I decreti di attuazione della "Legge Bassanini" e la "sussidiarietà verticale"*, in A. Rinella, L. Coen, R. Scarciglia (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999, 189 che ha definito la sussidiarietà come un principio «(...)

conto le dimensioni delle funzioni attribuite e le dimensioni degli enti riceventi e ha dovuto, parimenti, coniugare il criterio di prossimità con esigenze di garantire efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa. In quest'ottica la sussidiarietà emergeva soprattutto nella sua accezione verticale, quale criterio allocativo delle funzioni e dei compiti amministrativi. Pur se quest'ultimo profilo era maggiormente valorizzato nella l. n. 59/1997 non può essere disconosciuto che anche l'altra accezione del principio di sussidiarietà, quella orizzontale trovava contestualmente una legittimazione propria nel testo legislativo quale «(...) processo parallelo di riduzione del "pubblico", nel suo complesso, a favore della società»⁹⁸. Il nesso fondamentale tra la dimensione verticale e orizzontale della sussidiarietà emergeva all'art. 4 comma 3 lett. a) della l. n. 59/1997, laddove si è previsto che la devoluzione delle funzioni amministrative dal livello centrale al livello decentrato deve avvenire «(...) anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte di famiglie, associazioni, comunità». E' possibile dunque registrare l'affermazione attraverso la c.d. Legge Bassanini, tanto della sussidiarietà in senso verticale, quando è chiamata ad operare nei rapporti tra i diversi livelli di governo, quanto in senso orizzontale quando invece essa è chiamata a divenire criterio di regolazione nelle relazioni tra enti pubblici e soggetti o enti privati, ovvero tra la sfera dell'amministrazione dei beni comuni assegnata a soggetti pubblici e quella dell'autonomia-libertà dei soggetti o enti privati, prospettando quindi il modello attraverso cui i soggetti o enti privati possono concorrere allo svolgimento di attività pubbliche attribuite istituzionalmente a enti pubblici⁹⁹. E' opportuno segnalare che, nella fase di approvazione della c.d. Legge Bassanini, è stata operato un assorbimento della sussidiarietà orizzontale entro quello della sussidiarietà verticale come ha sottolineato anche attenta dottrina¹⁰⁰.

Stante l'assorbimento del principio di sussidiarietà orizzontale nell'accezione verticale, è possibile osservare che anche nell'attuazione in sede di decretazione

di difficile operatività giuridica, ma utile come programma politico che il legislatore delegante detta a quello delegato, il legislatore statale a quello regionale».

⁹⁸ Così R. Bin, *Sussidiarietà o diritti dei cittadini?*, in *Ist. Federalismo*, n. 2-3/1998, 125.

⁹⁹ A. Maltoni, *Sussidiarietà orizzontale e munera pubblici. L'esternalizzazione di funzioni amministrative: verso un'amministrazione in senso sostanziale/funzionale*, Bologna, 2002, 28-29.

¹⁰⁰ Questa posizione è stata sostenuta da G. Pastori, *La sussidiarietà "orizzontale" alla prova dei fatti nelle recenti riforme amministrative*, in A. Rinella, L. Coen, R. Scarciglia (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999, 169 ss. Una posizione più tendente a sminuire la portata generale dell'accezione orizzontale della sussidiarietà nella l. n. 59/1997 è di F. Pizzetti, *Il principio di sussidiarietà tra retorica e realtà*, in *Non profit*, n.3/2001, 287 che parla peraltro di «piccolo mostro giuridico».

delegata, con l'adozione del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112⁹¹¹, con il conferimento di funzioni e compiti amministrativi dal livello centrale a quello decentrato, la sussidiarietà orizzontale è stata pregiudicata. Per essere più precisi quest'ultima ha ricevuto scarsa attenzione da parte del legislatore delegato, salvo che nel d.lgs. 23 dicembre 1997, n. 469, in materia di conferimento alle Regioni e agli enti locali di funzioni e compiti in materia di mercato del lavoro⁹¹². Ad un'analisi attenta delle disposizioni del d.lgs. n. 112/1998 non pare che la sussidiarietà orizzontale sia stata valorizzata, né sotto l'aspetto della promozione dell'iniziativa autonoma delle realtà aggregative sociali né sotto l'aspetto del coinvolgimento di soggetti privati nell'esercizio di funzioni e compiti di attribuzione pubblica. Anzi, tale accezione è stata pretermessa dal processo di devoluzione di funzioni e compiti dal livello centrale a quello periferico⁹¹³. Se, infatti, sul piano legislativo statale si è registrata un *deficit* sostanziale in termini di recepimento del principio di sussidiarietà orizzontale, a livello regionale la fase di attuazione rispetto al criterio direttivo di cui alla l. n. 59/1997 ha registrato evoluzioni alquanto eterogenee e assolutamente non omogenee, quanto agli orientamenti legislativi espressi⁹¹⁴. Vi è stato chi in dottrina pur ponendosi in modo critico verso la l. n. 59/1997, che legittimava nel panorama legislativo nazionale il principio sussidiarietà, ha rilevato che tale principio potesse dare avvio all'affrancazione sul piano innanzitutto economico-finanziario ma anche sotto il profilo delle risorse umane, dai vincoli della finanza pubblica generati dai costi inerenti l'assetto amministrativo, derubricando la sussidiarietà orizzontale ad un fenomeno di esternalizzazione generalizzato giustificato sul presupposto della razionalizzazione della spesa pubblica⁹¹⁵.

⁹¹¹ A commento del d.lgs. n. 112/1998 si vedano tra gli altri M. Cammelli, *Commento all'art. 5*, in G. Falcon (a cura di), *Lo Stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel decreto legislativo n. 112 del 1998*, Bologna, 1998; G. Falcon, *Il decreto 112 e il percorso istituzionale italiano*, in *Le Regioni*, 1998; P. Nicosia, *Brevi osservazioni a margine del D.Lgs. n. 112/1998 tra la formulazione previgente ed attuale del titolo V della parte II della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, in L. Ventura (a cura di), *Autonomia e sussidiarietà vicende e paradossi di una riforma infinita*, Torino, 2004, 155 ss; Sul principio di sussidiarietà nel d.lgs. n. 112/1998 si veda F. Armeante, *Indirizzo e coordinamento, sussidiarietà e potere sostitutivo nel d.leg 31.3.1998, n. 112*, in *Nuove Autonomie*, 1998, 693.

⁹¹² Infatti, all'art 10 del d.lgs. 23 dicembre 1997, n. 469 è stato previsto che imprese, o gruppi di imprese o società cooperative o enti non commerciali, previa autorizzazione ministeriale potessero svolgere attività di mediazione tra domanda e offerta di lavoro.

⁹¹³ A. Maltoni, *Sussidiarietà orizzontale e munera pubblici. L'esternalizzazione di funzioni amministrative: verso un'amministrazione in senso sostanziale/funzionale*, cit., 36.

⁹¹⁴ Per un'analisi sulle legislazioni regionali in attuazione del d.lgs. n. 112/1998 si veda G. Meloni, *Il conferimento delle funzioni amministrative agli enti locali nelle leggi regionali di attuazione del d.lgs. 112/98: spunti ricostruttivi*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2002.

⁹¹⁵ Così C. Podda, *Sussidiarietà, servizi pubblici e nuovo welfare*, in C. Magnani (a cura di), *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, Torino, 2007, 361 ss.

Un'altra formulazione del principio di sussidiarietà è rinvenibile all'art. 2 comma 1 della l. 3 agosto 1999, n. 265 poi trasposto all'art. 3 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 TUEL, rubricato "Autonomia dei comuni e delle province" della cui portata effettivamente prescrittiva, tuttavia, parte della dottrina ha dubitato⁹¹⁶. In particolare al comma 5 è stato previsto che detti enti locali, ovvero i Comuni e le Province «(...) sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della regione, secondo il principio di sussidiarietà». Inoltre gli stessi enti locali «(...) svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali». Tra la disposizione di cui alla l. n. 59/1997 e quest'ultima previsione inserita nel TUEL, in materia di sussidiarietà emergono sicuramente assonanze. Innanzitutto il dato che accomuna le disposizioni concerne l'oggetto dell'operatività del principio di sussidiarietà che concerne fundamentalmente le funzioni amministrative, anche se la c.d. Legge Bassanini vi include anche i compiti. Ciò contribuisce sicuramente a delineare il principio di sussidiarietà, anche alla luce dell'evoluzione normativa che ha caratterizzato i legislatori regionali, quale presupposto per lo sviluppo e il rilancio dell'esercizio privato delle funzioni amministrative⁹¹⁷.

La sussidiarietà conduce a relazioni tra autorità pubblica e soggetti privati che la dottrina ha ricostruito in base ad una triplice modalità: la prima fa riferimento all'ipotesi della sostituzione che presuppone alterità soggettiva tra titolarità ed esercizio dell'attività, la seconda richiama invece la nozione giuridica di *munus* in base al quale ad una persona fisica viene attribuita una funzione pubblica in virtù di una previsione di legge o in forza di atti autoritativi o di atti negoziali, infine la terza rimanda all'organizzazione impropria in forza della quale viene assegnata una qualità sotto il profilo giuridico ad un soggetto privato in ragione dell'attribuzione della cura di interessi pubblici a quest'ultimo. Una parte della dottrina⁹¹⁸ ha letto nell'interazione tra l'operatività legislativa del principio sussidiarietà e l'esercizio privato di funzioni amministrative una diffusione del potere amministrativo piuttosto che una sua riduzione, e ciò troverebbe conforto

⁹¹⁶ D. Donati, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie, cit.*, 99 che ha messo in luce come in questa norma emerga una contraddizione che risiede «(...) nella contrapposizione tra il concetto di funzione e quello di autonomia iniziativa privata, termini che, da un punto di vista giuridico, paiono assolutamente inconciliabili».

⁹¹⁷ Si veda nota 86.

⁹¹⁸ In questo senso D. Donati, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie, cit.*, 97

anche nella lettera legislativa dell'art. 3 comma 5 del TUEL secondo la quale l'intervento dei soggetti privati si pone come un mezzo attraverso cui gli enti locali perseguono l'assolvimento dei compiti loro affidati istituzionalmente. Un'altra assonanza che lega le citate previsioni legislative in materia di sussidiarietà, è sicuramente la visione dell'accezione verticale e orizzontale in un'ottica integrata e unitaria, quale espressione di un'unica visione, che impone il riassetto del ruolo svolto dall'amministrazione tanto nel rapporto interno tra i diversi livelli di governo delle amministrazioni, quanto nel rapporto esterno tra amministrazioni e privati. Pertanto, l'allocatione delle funzioni amministrative al livello di governo più prossimo al cittadino corre o dovrebbe correre parallelamente all'apertura istituzionale al contributo e alla valorizzazione dell'apporto da parte dei soggetti privati. Infine, sempre nel panorama legislativo pre-costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà è possibile rintracciarne la formulazione all'art. 5 comma 1 della l. 8 novembre 2000, n. 328⁹¹⁹, legge quadro in materia di realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali. Nel disciplinare organicamente la materia dei servizi sociali, è stata, infatti, prevista una pluralità di modelli e forme di intervento tra i quali il modello ispirato alla sussidiarietà di attori del terzo settore, convive accanto altri modelli quali l'intervento pubblico in via diretta, oppure l'intervento pubblico indiretto mediante esternalizzazione di specifiche attività affidate a soggetti privati. Sulla base delle previsioni della c.d. Legge Bassanini che introduceva il c.d. federalismo amministrativo a costituzione invariata, anche i legislatori regionali⁹²⁰, hanno promosso un'attività legislativa sia prima sia dopo la riforma del Titolo V della Costituzione del 2001, offrendo interpretazioni eterogenee del principio di sussidiarietà orizzontale. Talune Regioni, in particolare la Regione Lombardia⁹²¹,

⁹¹⁹ «Per favorire l'attuazione del principio di sussidiarietà, gli enti locali, le regioni e lo Stato, nell'ambito delle risorse disponibili in base ai piani di cui agli articoli 18 e 19, promuovono azioni per il sostegno e la qualificazione dei soggetti operanti nel terzo settore anche attraverso politiche formative ed interventi per l'accesso agevolato al credito ed ai fondi dell'Unione europea».

⁹²⁰ Alcune Regioni hanno adottato leggi organiche come la l.r. Emilia-Romagna n. 3/1999, l.r. Abruzzo n. 11/1999, l.r. Lazio n. 4/1999, l.r. Abruzzo n. 11/1999, l.r. Basilicata n. 7/1999, l.r. Molise n. 34/1999, l.r. Lombardia n. 1/2000, l.r. Veneto n. 11/2000, l.r. Calabria n. 34/2002. Altre Regioni hanno invece approvato una legge recante i principi e successivamente un'altra legge recante il riparto delle funzioni come la l.r. Piemonte n. 34/2008 e n. 44/2000, l.r. Umbria n. 34/1998 e n. 3/1999, l.r. Friuli-Venezia Giulia n. 23/1997 n. 15/2001. Infine vi sono due regioni ovvero la Toscana e la Liguria che hanno scelto di avvalersi di norme settoriali per disciplinare la materia

⁹²¹ Si ricordano la l.r. 11 luglio 1997, n. 31 "Norme per il riordino del servizio sanitario regionale e sua integrazione con le attività dei servizi sociali", che ha introdotto il criterio di separazione tra i soggetti acquirenti, le Asl, ed i soggetti erogatori, le Aziende Ospedaliere, che forniscono prestazioni sanitarie di secondo livello e specialistiche, e gli altri operatori accreditati a prestare i

hanno varato sulla base della costituzionalizzazione del principio citato, soprattutto in tema di scuola, sanità e welfare, politiche legislative ispirate alla sussidiarietà orizzontale in cui tale principio si è evoluto da mera statuizione ideale a criterio orientativo fattivo dell'impostazione delle politiche pubbliche. Di recente a livello legislativo statale la sussidiarietà orizzontale sembra avere ha ripreso quota nella riforma del Terzo settore⁹²² introdotta con la l. 6 giugno 2016, n. 106 recante «Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale» sulla base della quale il Governo ha adottato il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117, Codice del Terzo settore, che insieme al d.lgs. 3 luglio 2017, n. 111 e n. 112 rispettivamente in materia di riordino del cinque per mille e dell'impresa sociale costituisce la riforma vasta e organica per gli enti privati *non profit*. All'art. 1 comma 1 della l. n. 106/2016 è previsto che l'attuazione della delega é orientata al fine di «(...) sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione (...)». Inoltre, nella l. n. 106/2016 si rintraccia un segnale incoraggiante, nel segno del recepimento di quel cambiamento nel rapporto tra pubblico e privato, con riferimento al rapporto più specifico tra mercato e terzo settore, cioè tra concorrenza e sussidiarietà, ovvero il riassetto generale della disciplina

servizi finanziati dal sistema sanitario. La l.r. 6 dicembre 1999, n. 23 sull'associazionismo familiare, che ha riconosciuto il primato della famiglia (singola e, soprattutto, associata). La l.r. 5 gennaio 2000, n.1 ha introdotto il c.d. "Buono scuola", al fine di favorire la libertà di scelta educativa delle famiglie. La l.r. 28 settembre 2006, n. 22 in materia di mercato del lavoro, mira alla costruzione di una rete di servizi offerti da operatori pubblici o privati accreditati o autorizzati, finalizzata a dare impulso alla qualità, alla regolarità, alla sicurezza e alla stabilità del lavoro. Altri interventi significativi sono la riforma del sistema educativo di istruzione e formazione operata a mezzo della l.r. 6 agosto 2007, n. 19, che regola, in un quadro unitario, il sistema di gestione del sistema scolastico regionale, in attuazione delle nuove competenze costituzionali di competenza regionale. Tale legge ha introdotto, altresì, la c.d. "Dote scuola", un contributo economico destinato agli studenti, erogato sotto forma di *voucher* che unifica i diversi contributi a beneficio degli studenti medesimi. Un'altra riforma importante è stata varata con la l.r. 12 marzo 2008, n. 3 "Governo della rete degli interventi e dei servizi alla persona in ambito sociale e socio-sanitario", che ha sistematizzato le diverse riforme in ambito sociale e socio-sanitario degli anni precedenti. Un ruolo peculiare viene assegnato al Terzo settore con la l.r. 14 febbraio 2008, n.1 "Testo unico delle leggi regionali in materia di volontariato, cooperazione sociale, associazionismo e società di mutuo soccorso".

⁹²² Cfr. art. 1 comma 1, l. 6 giugno 2016, n. 106 «Per Terzo settore si intende il complesso degli enti privati costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale e che, in attuazione del principio di sussidiarietà e in coerenza con i rispettivi statuti

dell'impresa sociale⁹²³, con il d.lgs. n. 112/2017 che ha collocato questo istituto ibrido definitivamente all'interno del perimetro del terzo settore.

Gli anni in cui il principio di sussidiarietà faceva ingresso nell'ordinamento per via di fonti legislative di rango primario, coincidono praticamente con il periodo di avvio del processo di riforme costituzionali che poi hanno visto assurgere il medesimo principio a norma di rango costituzionale. Il principio è stato, infatti, all'attenzione dei lavori della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali, c.d. Commissione d'Alema, istituita nel corso della XIII legislatura, con l. 24 gennaio 1997, n. 1⁹²⁴. La sussidiarietà si pone al centro della relazione sulla nuova forma dello stato, anzi è definita quale vero «fondamento del nuovo modello di Repubblica»⁹²⁵. Dai lavori della Commissione sono risultati due formulazioni distinte in ordine al principio di sussidiarietà al Titolo I, art. 56 del progetto di legge costituzionale più generale relativo alla parte II della Costituzione. Nella prima versione licenziata il 30 giugno 1997⁹²⁶ dalla Commissione bicamerale veniva introdotto in versione più marcata il principio di sussidiarietà quale criterio del rapporto pubblico-privato, in cui il primo avrebbe svolto un compito di supplenza eventuale essendo stata riconosciuta in capo al secondo la titolarità delle funzioni. Inoltre accanto al riconoscimento del criterio di preferenza per lo svolgimento delle funzioni assegnato all'autonomia dei privati, veniva parimenti collocato il conferimento delle funzioni restanti al livello amministrativo maggiormente vicino al cittadino. Tuttavia, questa formulazione è stata rivista dalla Commissione bicamerale che il 4 novembre dello stesso anno ha

o atti costitutivi, promuovono e realizzano attività di interesse generale mediante forme di azione volontaria e gratuita o di mutualità o di produzione e scambio di beni e servizi».

⁹²³ Per un'ampia analisi sul d.lgs. n. 155/2006 si vedano tra tutti AA.VV., *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, in M.V. De Giorgi (a cura di), Padova, 2007; AA.VV., *Commentario al decreto sull'impresa sociale*, in A. Fici, D. Galletti (a cura di), Torino, 2007.

⁹²⁴ In ordine ai lavori della Commissione bicamerale si vedano F. Cuocolo, *Bicamerale: atto primo - Il progetto di revisione costituzionale*, Milano, 1997; G. Razzano, *Il principio di sussidiarietà nel progetto di riforma della Costituzione della Commissione Bicamerale*, in *Dir. società*, n. 4/1997, 523 ss.; G. Ferrara, *La revisione costituzionale come figurazione: sussidiarietà, rappresentanza, legalità e forma di governo nel progetto della Commissione bicamerale*, in *Pol. dir.*, n. 1/1998, 93 ss.

⁹²⁵ Così il sen. D'Onofrio nella Relazione al progetto sulla forma di stato, citato da P. Ridola, *Forma di stato e principio di sussidiarietà*, in Associazione dei Costituzionalisti (a cura di), *La riforma costituzionale*, Padova, 1999, 179.

⁹²⁶ «Le funzioni che non possono essere più adeguatamente svolte dalla autonomia dei privati sono ripartite tra le Comunità locali, organizzate in Comuni e Province, le Regioni e lo Stato, in base al principio di sussidiarietà e di differenziazione, nel rispetto delle autonomie funzionali, riconosciute dalla legge. La titolarità delle funzioni spetta agli enti più vicini agli interessi dei cittadini, secondo il criterio di omogeneità e di adeguatezza delle strutture organizzative rispetto alle funzioni medesime».

provveduto a riformularla⁹²⁷ in termini più conformi al dettato dell'art. 4 comma 3 della l. n. 59/199 nella versione che poi è approdata alla Camera dei Deputati per la discussione, ma che poi non è stata approvata a causa del naufragio della Commissione bicamerale stessa, per motivi di ordine politico. Tale secondo riformulazione dell'art. 56, ha mantenuto soltanto il secondo criterio di preferenza, ovvero quello dell'assegnazione delle funzioni al livello amministrativo più prossimo al cittadino, ovvero al Comune, mentre ha espunto il primo criterio riferibile all'intervento in via eventuale e supplente del potere pubblico stante l'attribuzione delle funzioni all'autonomia dei privati, sostituendolo con un più generale rispetto per le attività adeguatamente svolte dai cittadini anche attraverso le formazioni sociali. Sulle due versioni dell'art. 56 che riformulava il principio di sussidiarietà, le opinioni in dottrina si sono espresse in maniera divergente, anche se è stata riconosciuta l'equivocità delle formulazioni utilizzati nell'attività di redazione⁹²⁸.

Tuttavia, l'ingresso formale in Costituzione del principio di sussidiarietà ha dovuto attendere l'approvazione della riforma costituzionale del 2001, con l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, che ha modificato la Parte II della Costituzione, ed in particolare il Titolo V rubricato "Le Regioni, Le Province, I Comuni". Il principio di sussidiarietà, sia nella sua accezione verticale (comma 1⁹²⁹), sia nella sua versione orizzontale (comma 4⁹³⁰), ancorché mai formalmente ed esplicitamente

⁹²⁷ «Nel rispetto delle attività che possono essere adeguatamente svolte dall'autonoma iniziativa dei cittadini, anche attraverso le formazioni sociali, le funzioni pubbliche sono attribuite a Comuni, Province, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà e differenziazione. La titolarità delle funzioni compete rispettivamente ai Comuni, alle Province, alle Regioni e allo Stato, secondo i criteri di omogeneità e adeguatezza. La legge garantisce le autonomie funzionali».

⁹²⁸ Si vedano tra tutti G. Ferrara, *La revisione costituzionale come figurazione: sussidiarietà, rappresentanza, legalità e forma di governo nel progetto della Commissione bicamerale*, cit., 99-100 che ha definito la prima versione dell'art. 56 espressione dell'«ideologia dell'individualismo liberista», che «violentando lo spirito della Costituzione repubblicana, mirava a svuotare le disposizioni di principio contenute nella prima parte» e ha ravvisato nella seconda versione un compromesso «tra i principi della prima parte e la pressione a recepire quello della sussidiarietà» e P. Ridola, *Forma di stato e principio di sussidiarietà*, cit., 181 che ha osservato come si è partiti nella prima versione da un'idea di sussidiarietà verticale collocata «in una dimensione più ampia» riservando alle autonomie locali e allo Stato «le funzioni che possono essere più adeguatamente svolte dai privati», per arrivare ad una seconda versione in cui il principio di sussidiarietà orizzontale veniva derubricato e «regrediva ad una massima di orientamento nell'esercizio di funzioni pubbliche», trovando comunque espressione in una formulazione poco chiara che pare evocare incertezze e ambiguità di weimariana memoria.

⁹²⁹ «Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza».

⁹³⁰ «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà»

menzionato quale principio ma piuttosto quale relazione⁹³¹, vede così la luce nel dettato costituzionale all'art. 118, definendo la ripartizione della potestà amministrativa tra i diversi livelli di governo⁹³². I commi 1 e 2⁹³³ descrivono le relazioni tra enti territoriali in chiave istituzionale, quindi verticale, attraverso cui orientare l'allocazione delle potestà amministrative, mentre al comma 4 vengono disciplinate le relazioni tra detti enti territoriali e i cittadini, singoli e associati, al fine dello svolgimento di attività d'interesse generale.

Anche se in questa sede l'attenzione sarà dedicata prevalentemente sull'accezione orizzontale del principio di sussidiarietà, alla luce del confronto che con esso hanno avuto tanto la dottrina quanto la giurisprudenza, non si può non rilevare in premessa lo state dell'arte circa il significato ed il valore da attribuire a tale principio globalmente inteso. Com'è stato accennato nel Capitolo I, a proposito della sussidiarietà permane un'incertezza in termini di profilo definitorio, atteso il suo carattere polisenso e atemporale che si traduce in una pluralità delle sue manifestazioni. Ciò ha alimentato in particolare anche la sua ambiguità ad atteggiarsi quale principio giuridico giustiziabile⁹³⁴. In premessa, è da rilevare comunque che la sequenzialità dinamica che sia il comma 1 sia il comma

⁹³¹ Sul principio di sussidiarietà quale principio relazionale di veda tra gli altri A. D'Atena, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 603 ss. secondo cui «Quanto alla struttura del principio può rilevarsi che esso presenta un carattere essenzialmente 'relazionale' applicandosi ai rapporti tra entità eterogenee; ai rapporti tra diversi livelli territoriali di governo; a quelli tra gli enti territoriali e gli enti non territoriali dotati di autonomia (come - ad esempio - le Università); alle relazioni tra gli enti pubblici e le espressioni del pluralismo sociale: come la famiglia, le confessioni religiose, le organizzazioni sindacali, le imprese private». Sulla sussidiarietà orizzontale quale principio relazione in particolare si veda G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118. u.c. della Costituzione*, cit., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, vol. I, 179 ss. secondo cui «(...) la sussidiarietà orizzontale è un principio eminentemente relazionale, in quanto disciplina i rapporti fra soggetti tutti dotati di autonomia: i cittadini, singoli o associati; le pubbliche amministrazioni; i vertici politici delle amministrazioni».

⁹³² Infatti, D. Donati, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie*, cit., 123 ha sottolineato che «l'art. 118 Cost. si richiami, sia al comma 1, sia al comma 4, al principio senza aggettivazioni, quasi a rappresentare un unico fenomeno circolare». Per quanto attiene alla tecnica redazionale dell'art. 118 l'Autore evidenzia come «(...) in nessuno dei due commi si offre del principio di una definizione esplicita (...). Si sceglie piuttosto di descrivere una relazione tra soggetti, un sussidiante e un sussidiato, che si assumono entrambi idonei a compiere determinate attività, affermando che quella relazione è retta da un principio, la sussidiarietà appunto, di cui però non si chiarisce il contenuto specifico». In senso conforme V. Cerulli Irelli, voce *Sussidiarietà (dir. Amm)*, cit.; G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit.; G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118. u.c. della Costituzione*, cit.

⁹³³ «I Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze».

⁹³⁴ Si vedano tra gli altri anche F. Giglioni, *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza*, in G. Arena, G. Cotturri (a cura di), *Il valore aggiunto*, Roma, 2010, 159 ss.; L. Antonini, *Sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Quad. cost.*, 2003, 635 ss.

4 descrivono, induce a domandarsi come ha fatto parte della dottrina⁹³⁵, se la sussidiarietà nella sua partizione rispettivamente verticale e orizzontale, in realtà non descriva un *unicum* in termini di scansione di fasi di cui le accezioni predette rappresentano i criteri e le logiche per il suo svolgimento e nel quale però il *prius* assiologico è rappresentato senza dubbio dall'accezione orizzontale della sussidiarietà⁹³⁶. Il dibattito dottrinale è stato, infatti, relativo non soltanto a proposito del valore politico-programmatico o giuridico della sussidiarietà, che si è concluso con l'accoglimento ed il riconoscimento nella dottrina prevalente del valore giuridico e non meramente politico⁹³⁷ di tale principio che è assunto persino a fonte di rango costituzionale, ma si è sviluppato intorno anche alla qualificazione della sussidiarietà quale principio alternativamente procedurale o sostanziale⁹³⁸ finanche giungendo ad una qualificazione plurale del medesimo principio ove convivono entrambi i caratteri⁹³⁹.

Ponendo l'attenzione specifica all'enunciato del comma 4 dell'art. 118 Cost. sotto, è possibile rilevare che esso si presenta in una veste apparentemente più timida rispetto alle enunciazioni precedentemente offerte in sede legislativa. Il dettato costituzionale del comma 4, attiene, infatti, più alla descrizione di un fenomeno sia pure cooperativo e collaborativo tra pubblico e privato, piuttosto che alla statuizione di un principio giuridico, e ciò ha costituito senza dubbio un ostacolo non indifferente a riconoscerne il valore prescrittivo sotto il profilo giuridico. Sotto il profilo soggettivo, gli enti chiamati in causa sono da un lato quelli istituzionali territoriali pubblici, che compongono l'ordinamento dei poteri

⁹³⁵ Di questo avviso è D. Donati, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie*, cit., 124. Anche G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118. u.c. della Costituzione*, cit., 179 ss, sostiene, sotto il profilo del perseguimento dell'art. 3 comma 2 Cost., ovvero la rimozione degli ostacoli al pieno sviluppo dei cittadini, quale compito assegnato alla Repubblica, una prospettiva in cui «(...) sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale si intersecano l'una con l'altra, o per meglio dire, trascolorano l'una nell'altra. (...) La sussidiarietà verticale consente (...) l'allocazione delle funzioni pubbliche non sulla base di un'astratta geometria istituzionale, quanto piuttosto di un obiettivo concreto di crescita della persona e di difesa della sua dignità. Un volta individuati i livelli istituzionali più adatti al perseguimento dell'interesse generale attraverso lo svolgimento delle varie funzioni pubbliche, la sussidiarietà (intesa come sussidiarietà orizzontale) consente alle istituzioni titolari di tali funzioni di perseguire l'interesse generale non più da sole, ma insieme con i cittadini (...)».

⁹³⁶ In questo senso si veda M. Abrescia, *Il principio costituzionale di sussidiarietà*, cit., 201 secondo cui a tale conclusione si giunge a fortiori se si considera che già l'art. 2 Cost. postula la priorità della persona rispetto alle formazioni sociali ed allo Stato.

⁹³⁷ V. Cerulli Irelli, voce *Sussidiarietà (dir. Amm)*, cit.;

⁹³⁸ Si veda nota 66.

⁹³⁹ Di questo avviso è D. Donati, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie*, cit., 126 ss secondo cui il principio di sussidiarietà non è da ricostruire secondo un'alternatività tra carattere procedurale e carattere sostanziale bensì «(...) a favore di una pluralità della sua natura, che si rivela essere, allo stesso tempo, organizzativa, procedimentale e sostanziale».

dello Stato repubblicano di cui all'art. 114 Cost., ovvero lo Stato, le Regioni, le Province, le Città Metropolitane ed infine i Comuni e dall'altro i cittadini singoli e associati che decidono di impegnarsi a offrire soluzioni in via autonoma a favore dell'interesse generale. Se, infatti, i soggetti pubblici istituzionali individuati dall'art. 118 Cost. sono chiaramente individuati dal dettato costituzionale, con riferimento, invece, alla categoria dei cittadini destinatari dell'attività, non dovrebbe porsi alcun problema in ordine ai cittadini considerati *uti singuli*, mentre sono state manifestate più perplessità circa l'espressione riferita ai cittadini intesi quale categoria aggregata. Attesa la stretta interrelazione tra l'art. 118 Cost. e l'art. 2, si potrebbe riscontrare una tendenziale convergenza dell'espressione riferita ai cittadini intesi in senso plurale con quella delle formazioni sociali, ancorché la dizione utilizzata nell'art. 118 si caratterizza per il dato del ruolo attivo di tali cittadini a svolgere attività di interesse generale e non ad un mero dato classificatorio. Infatti, senza implicare una funzionalizzazione *tout court* del pluralismo sociale allo svolgimento di attività d'interesse generale, è evidente che il rapporto tra il dato che rimanda ad una dimensione di pluralismo sociale e quello che ne orienta l'azione allo svolgimento delle citate attività, è molto più stringente rispetto a quello di cui all'art. 2 Cost., che invece offre un dato molto più ampio. Peraltro l'individuazione delle categorie relative ai «cittadini singoli o associati» introduce elementi di novità propri della riflessione sviluppata attorno alla nozione di cittadinanza nelle sue declinazioni di cittadinanza societaria ripresa dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato⁹⁴⁰, mutuando l'espressione dall'elaborazione dottrinale sviluppatasi in ambito sociologico⁹⁴¹, o amministrativa prospettata da una parte della dottrina⁹⁴². Autorevole dottrina⁹⁴³ ha osservato che non esiste un'elencazione tassativa delle forme associative destinatarie della disposizione costituzionale. Un tema oggetto di confronto in dottrina ha riguardato l'interrogativo se tale dimensione collettiva dei cittadini includesse o

⁹⁴⁰ Cfr. Cons. St., Sez. Sez. cons. atti normativi, 25 agosto 2003, n. 1440 secondo cui si devono ridefinire le metodiche della democrazia anche «(...) con riguardo alle forme di estrinsecazione della personalità sociale nel proprio contesto di base in ragione della consapevolezza democratica e della volontà sempre più decisa della singole comunità di base di regolare al proprio interno scelte di interesse generale della sussistenza di ordinamenti di base muniti di una intrinseca capacità di gestione di interessi con rilievo sociale. In tali ordinamenti lo sviluppo delle relazioni e la scelta dei mezzi per il conseguimento di un fine giusto e adeguato è rimessa alla capacità delle organizzazioni societarie di interpretare e gestire i bisogni della collettività di riferimento».

⁹⁴¹ Sulla nozione di cittadinanza societaria in ambito dottrinale sociologico si veda tra tutti P. Donati, *La cittadinanza societaria*, Roma-Bari, 2000.

⁹⁴² Sullo sviluppo di tale concetto si rinvia a G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118. u.c. della Costituzione*, cit., 179 ss.

meno anche realtà aventi finalità lucrative, *in primis* le imprese, oppure rimanesse confinata ad enti come le associazioni, le fondazioni, di cui all'art. 11 co. civ, che hanno scopi non lucrativi. La dottrina si è divisa tra chi sosteneva che includere tali soggetti avrebbe determinato il ritorno a dinamiche di dirigismo e di stretto controllo delle dinamiche imprenditoriali⁹⁴⁴, e chi invece si atteneva ad un'interpretazione lettera *stricto sensu* dell'enunciato ritenendo che il riferimento legislativo avrebbe inteso individuare soltanto cittadini e non altri enti perlopiù a vocazione imprenditoriale. Tali rilievi critici hanno ricevuto una smentita in sede dottrinale, in particolare per quanto riguarda l'accusa di assoggettare i privati a dinamiche di dirigismo è bene rilevare che nella legislazione attualmente vigente rilevanti settori dell'economia di mercato sotto soggetti ad atti di programmazione ed indirizzo dei pubblici poteri, affinché mediante l'espressione dell'autonomia dei soggetti privati si tuteli la rilevanza di finalità d'interesse pubblico, come dimostrano le norme in materia di urbanistica⁹⁴⁵. Rispetto alle critiche circa la limitazione circa l'ammissibilità del fenomeno associativo alle realtà senza scopo di lucro, è bene ricordare che autorevole dottrina⁹⁴⁶ in ambito civilistico ha riconosciuto da tempo che anche le società commerciali, di cui agli artt. 2247 cod. civ. e ss, aventi scopo di lucro, siano da annoverare pienamente all'interno delle realtà associative di cui all'art. 11 cod. civ. Nel dibattito si è inserito il Consiglio di Stato che ha ritenuto essere i cittadini singoli o associati, i protagonisti del principio di sussidiarietà orizzontale e che le leggi ordinarie hanno collegato l'inerenza di tale principio alle famiglie, formazioni sociali, alle associazioni e alla comunità⁹⁴⁷.

Sotto il profilo, invece, oggettivo, risalta lo «svolgimento di attività di interesse generale». Il testo costituzionale contrappone quindi tali attività di cui al comma 4 rispetto non solo alle «funzioni amministrative» di cui al comma 1 che rilevano nella dimensione istituzionale in quanto attribuite preferenzialmente al livello di governo più prossimo al cittadino, ovvero ai Comuni, ma anche alle formulazioni di cui all'art. 4 comma 3 della l. n. 59/1997 e all'art. 3 del TUEL. In altre parole il principio di sussidiarietà conduce a realizzare un *actio finium*

⁹⁴³ V. Cerulli Irelli, voce *Sussidiarietà (dir. Amm)*, cit.;

⁹⁴⁴ A. Quadrio Curzio, *Sussidiarietà e sviluppo. Paradigma per l'Europa e per l'Italia*, Milano, 2002, 42 ss.

⁹⁴⁵ S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, cit., 29

⁹⁴⁶ Cfr. F. Galgano, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati Art. 36-42*, in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna, 1976, 30 ss.

⁹⁴⁷ Cfr. Cons. St., Sez. cons. atti normativi, 25 agosto 2003, n. 1440

regundorum per stabilire il *quantum* e la qualità dell'azione dei pubblici poteri, in chiave di politica legislativa come risvolto della preferenza che va accordata all'intervento dei privati, che si traduce sul piano dell'azione amministrativa nel rispetto dei principi di buon andamento, efficacia ed efficienza. La dottrina si è a lungo interrogata in merito a due questioni attinenti l'accezione orizzontale del principio di sussidiarietà: in primo luogo sull'ambito oggettivo di applicazione di tale disposizione costituzionale, ovvero nell'individuazione di ipotesi di iniziativa privata autonoma finalizzata all'interesse generale che possono essere attivate dai cittadini singoli e associati ed in secondo luogo sulla natura del compito assegnato agli enti territoriali, tendente a favorire dette iniziative autonome. Per quanto attiene al primo aspetto è opportuno rilevare che le attività d'interesse generale di cui al comma 4 dell'art. 118 Cost. non corrispondono alle funzioni amministrative di cui al comma 1 della medesima disposizione, ovvero all'esercizio di potere amministrativo di natura autoritativa che opera soltanto nell'ambito del sistema amministrativo medesimo di cui fanno parte gli enti territoriali predetti⁹⁴⁸, che esclude tendenzialmente i soggetti privati (fatta eccezione per l'esercizio privato di funzioni pubbliche che però non costituisce manifestazione del principio di sussidiarietà). Il novero delle attività d'interesse generale può comprendere quindi soltanto le attività ed i servizi, inquadrabili perlopiù alla categoria dell'amministrazione di "prestazione" e sul piano strettamente giuridico tali attività sono soggette al regime privatistico e negoziale e quindi sono escluse dal novero attività realizzate mediante strumenti di diritto pubblico. Per quanto concerne, invece, il secondo aspetto, in cui rileva che gli enti territoriali «favoriscono l'autonoma iniziativa» dei cittadini singoli e associati dirette a soddisfare bisogni della collettività, secondo appunto il principio di sussidiarietà. Ciò avviene, non sovvertendo l'orientamento costituzionale preesistente⁹⁴⁹ ma ribadendo in chiave prescrittiva il dovere per le istituzioni pubbliche, di attivare l'apporto ed aprire al contributo dei privati per rispondere a esigenze d'interesse

⁹⁴⁸ V. Cerulli Irelli, voce *Sussidiarietà (dir. Amm)*, cit.;

⁹⁴⁹ Si veda C. Marzuoli, *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. dir. priv.*, n. 1/2005, 75 secondo il quale è errato sostenere che le norme di cui all'art. 118 comma 4 Cost. abbiamo ammesso i soggetti privati allo svolgimento di attività di interesse generale perché tale opzione è sempre stata a disposizione anche prima da parte delle istituzioni e dei cittadini.

pubblico mediante attività aventi il medesimo rilievo. L'attività tesa favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini, sembra, infatti, più alludere ad un fenomeno incentivazione piuttosto che a quello di attribuzione di un rilievo pubblico alle attività svolte dai privati⁹⁵⁰. L'utilizzo del verbo favorire deve intendersi, anche secondo autorevole dottrina, nell'accezione di doverosità riconoscendo alla disposizione un valore precettivo⁹⁵¹. Tale attività non investe però soltanto gli enti territoriali che sono direttamente menzionati bensì chiama in causa indirettamente anche il legislatore sia statale sia regionale⁹⁵². A tale prospettiva si potrebbe ricondurre la posizione richiamata in dottrina a favore della implicazione tra sussidiarietà intesa in senso procedura e sostanziale. Ciò perché, se l'accezione procedurale si limita al tema dell'attribuzione della competenza al soggetto più adeguato a soddisfare i bisogni collettivi, allora per conseguire l'individuazione del risultato migliore, è necessario che i soggetti sussidiati privati siano realmente messi nelle condizioni per poterlo conseguire e ciò si ricollega inevitabilmente all'obbligo giuridico in capo ai poteri pubblici di adempiere a tale compito⁹⁵³. L'azione tesa a favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini singoli e associati, in capo agli enti territoriali può assumere una duplice veste: da un lato essa può consistere in positivo nel sostegno diretto ad una iniziativa già operante oppure all'avvio di un'iniziativa⁹⁵⁴ e dall'altro in negativo in un sostegno indiretto

⁹⁵⁰ P. De Carli, *Aspetti della sussidiarietà e revisione del Titolo V Parte II della Costituzione*, in AA.VV., *Problemi del federalismo*, Milano, 2001, 251 ss.

⁹⁵¹ Cfr. G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, cit., 29. Come ha ricordato anche M. Abrescia, *Il Principio costituzionale di sussidiarietà*, cit., 202 «Può in questi termini attenuarsi la critica che è stata portata alla formulazione del testo, accusato di avere operato un'inversione logica del principio». Sul punto si veda anche V. Cerulli, Irelli, voce *Sussidiarietà (dir. Amm.)*, cit., 5.

⁹⁵² In questi termini si veda P. Falzea, *L'intervento dei soggetti privati nelle attività di interesse generale alla luce del nuovo titolo V della Costituzione*, in L. Ventura (a cura di), *Autonomia e sussidiarietà. Vicende e paradossi di una riforma infinita*, Torino 2004, 195; Anche P. Caretti, G. Tarli Barbieri, *Diritto regionale*, Torino, 2007, 215 legge la sussidiarietà orizzontale quale principio di politica legislativa e D. De Felice, *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008, 58 ss. ritiene idoneo il medesimo principio ad incidere sul sistema delle fonti oltreché a riconoscere l'autonomia negoziale quale fonte normativa costituzionale.

⁹⁵³ Cfr. M. Olivi, *Principio di sussidiarietà orizzontale e regole di diritto privato*, in *Ricerche giuridiche*, n. 2/2013, 502

⁹⁵⁴ Circa la questione sulle erogazioni finanziarie pubbliche a favore sia di soggetti *non profit* sia di soggetti *for profit* si è confrontata anche la giurisprudenza esprimendo due orientamenti: con riferimento ai soggetti *non profit* che perseguono interessi generali è stata ritenuta compatibile l'attività di finanziamento diretto (cfr. C. Conti, sez. Molise, 27 settembre 2005, n. 99) o di agevolazione fiscale (Cfr. Cass., civ., sez. lavoro, 11 maggio 2004, n. 8916). Con riguardo invece all'accesso per le imprese, soggetti *for profit*, ai finanziamenti pubblici è stata esclusa la possibilità di invocare il principio di sussidiarietà orizzontale (Cfr. Cons. St., Sez. cons. atti normativi, 25 agosto 2003, n. 1440). In senso difforme a quest'ultimo orientamento si è espressa la Commissione Europea, con la Decisione del 4 aprile 2006, relativa agli aiuti ai quali i Paesi Bassi intendono dare esecuzione nel quadro del progetto Marktpassageplan a Haaksbergen Aiuto di Stato n. C 33/2005 (ex N 277/2004), che ha ammesso al beneficio da parte delle istituzioni

mediante la rimozione di ostacoli burocratici o la garanzia di strumenti di semplificazione amministrativa per agevolare le predette autonome iniziative⁹⁵⁵.

Ponendo, infine, l'attenzione sull'espressione «autonoma iniziativa» è immediatamente percepibile che tali iniziative devono essere spontanee ovvero non indotte o coartate da nessun altro potere esterno, non deve fondarsi sul valore economico delle prestazioni ma sul valore di utilità per la comunità di riferimento, ed infine presuppone l'alterità tra i soggetti sussidiari pubblici e quelli sussidiati privati. Pertanto rimangono pretermessi dal perimetro della sussidiarietà, le ipotesi di esternalizzazione dei servizi pubblici locali, che rappresentano un'altra forma di affidamento che, non soddisfa i requisiti propri della sussidiarietà orizzontale⁹⁵⁶. E' importante evidenziare che nella sussidiarietà orizzontale la relazione che si instaura e che fa riferimento alla locuzione latina *subsidium afferre*, presuppone la presenza di una pluralità di soggetti, sia pubblici sia privati. Per esigenza logica che attiene, sia alla definizione, sia alla manifestazione delle fattispecie concrete espressive di tale principio, è necessario affinché si possa configurare tale principio, non una ricognizione circa il quantum di presenza pubblica che a secondo dei tempi storici e dei contesti politico-giuridici può essere maggiore o minore, prevalente o recessiva, bensì una ricognizione sull'effettiva non esclusione *ab origine* di un intervento diretto, attuale o potenziale, del potere pubblico⁹⁵⁷.

Accanto alla dottrina, anche giurisprudenza sia costituzionale, sia amministrativa, si sono paragonate con il principio di sussidiarietà orizzontale, per la verità in modo perlopiù sporadico e non sistematico, soprattutto con riferimento all'attività della Corte Costituzionale che si è trovata maggiormente a fare i conti

pubbliche i soggetti imprenditoriali che assumono rischi di mercato al fine di soddisfare interessi di natura generale, nel caso di specie in materia di interventi urbanistici diretti a riportare decoro e sicurezza nel centro di una località.

⁹⁵⁵ Per una disamina sugli interventi in negativo atti a rimuovere gli ostacoli e semplificare nell'ottica della sussidiarietà orizzontale si veda D. Donati, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie, cit.*, 173 ss.

⁹⁵⁶ D. Donati, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie, cit.*, 207 che argomenta favore del travisamento completo dello spirito del principio di sussidiarietà così come richiamato nell'abrogato art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 in quanto strumentalizzato per giustificare l'apertura a gestioni liberalizzate ed esternalizzate da un lato e in regime di quasi mercato *in house* dall'altro.

⁹⁵⁷ In questi termini P. De Carli, *Aspetti della sussidiarietà e revisione del Titolo V Parte II della Costituzione, cit.*, 229 secondo cui «Non rientrano infatti tra i fenomeni di sussidiarietà i casi in cui vi è bensì un riconoscimento della rilevanza pubblica dell'attività ma si esclude un intervento diretto del pubblico potere e la necessità dell'esercizio dell'attività è assicurata soltanto mediante una opportuna regolamentazione pubblica od anche con la creazione di una apposita Autorità di regolazione del settore».

con il principio di sussidiarietà verticale. In questa sede vale la pena richiamare tra tutte le pronunce della Corte Costituzionale n. 300 e n. 301 del 2003 in materia di fondazioni bancarie, a seguito della discussa c.d. riforma Tremonti, attuata, con l'art. 11 l. 28 dicembre 2001, n. 448, c.d. Finanziaria 2002⁹⁵⁸. Tale pronuncia riconosceva, infatti, pur senza menzionare mai il principio di sussidiarietà orizzontale, l'esistenza di attività d'interesse generale poste in essere da soggetti non pubblici, nella controversia che aveva generato il contenzioso innanzi alla Consulta sulla norma di cui alla Finanziaria 2002 che aveva limitato la presenza all'interno degli organi di indirizzo delle fondazioni ai soli rappresentanti degli enti territoriali escludendo le molteplici realtà associative pubbliche e privati espressive del tessuto locale. La giurisprudenza costituzionale richiamata riproponeva per le fondazioni bancarie, la soluzione già prospettata dalla Corte costituzionale nel caso delle IPAB⁹⁵⁹, in cui si riaffermava il principio in virtù del quale la natura privata di un ente impone il divieto che esso sia sottoposto a forme invasive di direzione pubblica, consentendo al massimo un'attività pubblicistica di coordinamento, la cui incisività è chiaramente più attenuata. Sempre in tema di fondazioni bancarie i giudici di Palazzo Spada, rendendo un parere a mezzo della sezione consultiva per gli atti normativi⁹⁶⁰, hanno affermato che le stesse sono manifestazioni di originarie espressioni di autonomia privata, ovvero soggetti dell'organizzazione delle libertà sociali. Se, infatti, è pur legittimo prevedere la presenza di soggetti espressione di autonomia privata locale, per il rapporto

⁹⁵⁸ Cfr. Corte Cost., 18 settembre 2003, n. 300 e n. 301 a commento delle quali si veda S. Foà, *Il principio di sussidiarietà orizzontale come limite al potere normativo regionale: il caso delle fondazioni di origine bancaria*, in www.federalismi.it, 16 dicembre 2009.

⁹⁵⁹ Va ricordato che con il d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 è stato disposto il passaggio del personale e dei beni delle IPAB regionali ed infraregionali, fatte salve alcune eccezioni, ai Comuni ai quali sono state devolute le funzioni precedentemente assolte dalle stesse istituzioni. La Corte Costituzionale con la sentenza 30 luglio 1981, n. 173 ha ritenuto sussistere relativamente a tale trasferimento, profili di incostituzionalità, attesa la natura giuridica privata delle IPAB, e per via dell'eccesso di delega ricevuta che non prevedeva assolutamente riassetto organizzativi di soggetti quali le IPAB. Successivamente il giudice delle leggi, con sentenza del 7 aprile 1988, n. 396 ha disposto l'abrogazione parziale della l. n. 6972/1890 c.d. Legge Crispi per contrasto con il disposto costituzionale in materia di assistenza sociale di cui all'art. 38 Cost. che afferma la libertà dell'assistenza privata, nella parte in cui non prevedeva che le IPAB regionali o infraregionali possano continuare ad esistere mantenendo la personalità giuridica di diritto privato.

⁹⁶⁰ Cfr. Cons. St., Sez. cons. atti normativi, 1° luglio 2002, n. 1354, per il quale «(...) lo Stato e ogni altra autorità pubblica proteggono e realizzano lo sviluppo della società civile partendo dal basso, dal rispetto e dalla valorizzazione delle energie individuali, dal modo in cui coloro che ne fanno parte liberamente interpretano i bisogni collettivi emergenti dal sociale».

preferenziale che rileva con le fondazioni, risulterà parimenti illegittima la presenza sovraesposta di tali soggetti nell'organo amministrativo di gestione⁹⁶¹.

Il Consiglio di Stato⁹⁶² aveva, peraltro, già prima dell'avvento della costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale, valorizzato il medesimo principio evocato dalla c.d. Legge Bassanini all'art. 4 comma 3, motivando in base a tale principio la spettanza al Comune dell'attribuzione in ordine alla pianificazione urbanistica in quanto ente di riferimento degli interessi della comunità di base rispetto all'assetto territoriale. La sussidiarietà è stata invocata dai giudici di Palazzo Spada anche quale principio che può assistere il rapporto convenzionale tra una USL e un'azienda sanitaria privata⁹⁶³. L'orientamento giurisprudenziale dei giudici amministrativi di primo grado nell'esegesi del principio di sussidiarietà orizzontale è sospinto, infine, a considerare la possibilità di rivalutare la posizione giuridica dei soggetti coinvolti nell'azione amministrativa⁹⁶⁴. Il rinnovato ruolo di protagonismo che giocano le formazioni sociali attraverso la valorizzazione del principio di sussidiarietà orizzontale ha avuto ripercussioni sia sul piano procedimentale sia su quello strettamente attinente alla legittimazione processuale. A tale proposito si ricordano tra le altre due pronunce del giudice amministrativo rispettivamente con riferimento alla riconosciuta legittimità processuale delle associazioni ambientaliste⁹⁶⁵ e dei consiglieri comunali e provinciali⁹⁶⁶. La giurisprudenza è

⁹⁶¹ Sul punto si veda, significativamente, Cons. St., Sez. cons. atti normativi, 1 luglio 2002, n. 1354; Id, 22 marzo 2004, n. 2680.

⁹⁶² Cfr. Const. St, IV Sez., 20 marzo 2000, n. 1493; Id, II Sez., 5 febbraio 2003, n. 2691

⁹⁶³ Cons. St, Sez. V, 18 novembre 2002, n. 6395 secondo cui «(...) alla base del sistema costituzionale v'è oggi il principio di sussidiarietà orizzontale, che svolge a questo fine un duplice ruolo: consente al paziente la scelta della struttura che ritiene la più idonea nel caso concreto a tutelare il suo diritto alla salute, costituzionalmente protetto; pone sul medesimo piano servizio sanitario pubblico e quello di appartenenza dei privati, con l'ulteriore conseguenza che la distribuzione delle risorse collettive deve essere effettuata sulla base di criteri di convenienza per la generalità dei cittadini».

⁹⁶⁴ Cfr. TAR Liguria, Sez. I, 18 marzo 2004, n. 267

⁹⁶⁵ Cons. St., Sez. IV, 2 ottobre 2006, n. 5760 che ha sottolineato l'art. 118 comma 4 Cost. «(...) sancisce e conclude un percorso di autonomia non più collegato al fenomeno della entificazione, ma correlato più semplicemente alla società civile e al suo sviluppo democratico a livello quasi sempre volontario». Si veda anche Tar Liguria, 18 marzo 2004, n. 267; Id., 11 maggio 2004, n. 747 secondo cui, l'individuazione nazionale e ultraregionale di associazioni ambientaliste di cui all'art. 13, legge n. 349 dell'8 luglio 1986 non esclude la legittimazione a ricorrere in giudizio degli organismi privati che assumano la connotazione oggettiva di 'formazione sociale' e che rispondano a determinati profili d'identità.

giunta anche a riconoscere nel principio di sussidiarietà uno strumento invocabile ai fini della tutela degli interessi collettivi dei cittadini, quali utenti dei servizi. In particolare con riferimento all'ambito sanitario il giudice amministrativo⁹⁶⁷, la stessa giurisprudenza, ha stabilito che la sussidiarietà orizzontale viene ad assumere una duplice valenza: da un lato consente al soggetto privato di potere scegliere la struttura nella quale soddisfare le proprie esigenze di cura e dall'altro ponendo in un piano paritetico ed integrato il sistema sanitario pubblico e quello privato, vincola al rispetto dei criteri di convenienza per la collettività, la scelta relativa alla distribuzione delle pubbliche.

L'individuazione dell'ambito di applicazione della disposizione, di cui al comma 4 dell'art. 118 Cost., implica necessariamente un raffronto tra attività di interesse generale e quelle d'interesse economico, aventi natura commerciale ed una valutazione tra gli interesse generale e l'interesse pubblico. In merito al primo rapporto, la giurisprudenza amministrativa si è espressa, in sede consultiva in merito ad uno schema di decreto ministeriale avente ad oggetto l'istituzione di un Fondo per la tutela e lo sviluppo economico e sociale delle Isole minori escludendo non solo che l'attività d'impresa potesse essere annoverata all'interno del fenomeno della sussidiarietà orizzontale, ma rifiutando parimenti l'idea che gli interessi generali perseguiti dalle formazioni sociali potessero essere identificati con gli interessi pubblici sottesi allo svolgimento delle funzioni amministrative svolte dai soggetti pubblici⁹⁶⁸. In tema di rapporto tra sussidiarietà e libertà

⁹⁶⁷ Cfr. Tar Puglia, Lecce, 12 maggio 2006, n. 2573 che ha riconosciuto la legittimazione processuale attiva, in forza del principio di sussidiarietà orizzontale, anche ai consiglieri comunali e provinciali, nei casi in cui essi agiscono contro le rispettive amministrazioni al fine reclamare controlli di legalità circa le funzioni loro attribuite. Si veda parimenti il Cons. St., Sez. V, 19 febbraio 2007, n. 826, che ha negato la possibilità che i consiglieri eletti all'interno degli enti locali possano invocare la sussidiarietà orizzontale per sottoporre, in sede giurisdizionale, a giudizio di conformità la legalità dell'azione amministrativa. In quest'ultima pronuncia del Supremo Collegio si è stabilito che la sussidiarietà orizzontale è collegata quindi all'esercizio di potestà amministrative e non ai profili inerenti la tutela giurisdizionale.

⁹⁶⁸ Cfr. Cons. St., Sez. V, 18 novembre 2002, n. 6395.

⁹⁶⁹ Cons. St., Sez. cons. atti normativi, 25 agosto 2003, n. 1440; Per un commento si veda G. Razzano, Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà orizzontale e le imprese, in *Giur. it.*, n.4/2004, 718 ss. È opportuno, tuttavia, segnalare che i giudici amministrativi di primo grado hanno talvolta annoverato nell'ambito della sussidiarietà orizzontale, anche attività d'impresa, aventi scopo di lucro specialmente in materia di vigilanza privata (si veda a tale proposito TAR Campania, Napoli, sez. V, 11 novembre 2008, n. 19507; TAR Lazio, Roma, Sez. I-ter, 10 marzo 2006, n. 1890).

d'iniziativa economica rilevano anche altre pronunce del giudice amministrativo di prime cure, tra cui si ricorda una pronuncia circa la riserva ai soli istituti scolastici pubblici, della costituzioni di commissioni di esame per i soli candidati esterni, in cui i giudici di prima istanza hanno ravvisato la violazione del principio di sussidiarietà e di libertà di iniziativa economica, resa manifesta nel trattamento discriminatorio nei confronti degli istituti scolastici paritari, cui è preclusa la predetta possibilità⁹⁶⁹. Un'altra statuizione degna di nota riguarda il Tar Lombardia che ha riconosciuto l'obbligo di motivazione in caso di intervento pubblico incidente in settori caratterizzati dall'iniziativa economica privata tutelata oltre che dall'art. 41 Cost. anche dall'art. 118 comma 4 Cost.⁹⁷⁰

Per quanto riguarda il secondo rapporto, il Consiglio di Stato ha espresso un orientamento piuttosto rigido nell'apposizione dei confini tra attività d'interesse generale e funzioni pubbliche, attesa la peculiarità del caso in esame all'attenzione del giudice amministrativo⁹⁷¹. Sotto il profilo del rapporto tra attività d'interesse generale ed esercizio dell'autonomia privata, oltre alle citate pronunce della giurisprudenza costituzionale e amministrativa, richiamate in materia di fondazioni bancarie, è meritevole di segnalazione parimenti un parere del Consiglio di Stato⁹⁷² che concerne il D.M. del Ministero per i beni e le attività culturali, in attuazione dell'art. 10 del d.lgs. n. 368/1998, con riferimento alla costituzione ed alla partecipazione ministeriale a società per azioni aventi quali oggetto sociale la valorizzazione dei beni culturali, dal quale emerge in modo esplicito un monito che fa assurgere la sussidiarietà orizzontale a «(...) criterio

⁹⁶⁹ Cfr. TAR, Lazio, Roma, sez. III-bis, 13 marzo 2006, n.1906 secondo cui «(...) una valorizzazione della sussidiarietà possa giocare, nel caso considerato, un ruolo di supporto alle istanze degli istituti paritari, dirette ad ottenere un pieno riconoscimento della propria capacità imprenditoriale nello svolgimento di servizi considerati di interesse generale».

⁹⁷⁰ Cfr. TAR Lombardia, Brescia, 5 febbraio 2003, n. 94 che ha osservato come «(...) obbligo di motivazione si pone anche con riferimento all'effettiva necessità di un intervento pubblico nell'economia locale che, nel caso in esame, si contrapporrebbe all'iniziativa economica privata, diretta alla lottizzazione e alla commercializzazione, a prezzi mercato e non certo a prezzi agevolati, delle aree da destinare agli insediamenti produttivi, e, come tale, direttamente tutelata non solo dall'art. 41 della Costituzione, ma da quell'altrettanto pregnante principio, di origine comunitaria, di sussidiarietà orizzontale».

⁹⁷¹ Cfr. Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3711 che ha sostenuto, come nel conferimento di un terreno di proprietà pubblica da parte di un'amministrazione comunale ad una parrocchia, mediante atto di donazione, l'individuazione dell'interesse pubblico non potesse coincidere con una sorta di *favor* nei confronti delle finalità perseguite dall'ente ecclesiastico.

propulsivo in coerenza al quale deve svilupparsi, nell'ambito della società civile, il rapporto tra pubblico e privato anche nella realizzazione delle finalità di carattere collettivo». Ciò ad avviso di una parte della dottrina⁹⁷³ significa che la valorizzazione dell'autonoma iniziativa privata, relativamente all'attività economica, di cui all'articolo 41 Cost. è invocabile anche per finalità più di carattere generale, con la conseguenza che le relazioni pubblico-privato possono caratterizzarsi per nuovi e diversi gradi di intervento, in quanto i soggetti pubblici devono vigilare affinché non venga ingiustificatamente compressa la sfera d'azione garantita ai soggetti privati, abilitata in ambiti un tempo di esclusiva pertinenza pubblica.

Sempre con riferimento alle iniziative autonome di interesse generale, eventualmente poste in essere dai soggetti privati, è possibile rilevare l'incidenza delle fattispecie di sussidiarietà orizzontale in rapporto all'utilizzo delle risorse pubbliche, al regime di responsabilità gravante su tali soggetti, ed infine all'applicabilità di regole di diritto pubblico a dette attività d'interesse generale. Per quanto riguarda il primo aspetto, è innegabile che la giurisprudenza citata e anche quella più recente⁹⁷⁴ si sia orientata favorevolmente alla previsione di erogazioni dirette o di agevolazioni fiscali, a vantaggio delle formazioni sociali che svolgono attività d'interesse generale, per rispondere ai bisogni della collettività. La sussidiarietà orizzontale diventa così, sotto questo profilo del rapporto con l'impiego razionale delle risorse pubbliche, un principio virtuoso che consente un utilizzo più efficiente delle stesse risorse pubbliche perché erogate a favore di soggetti che concorrono a soddisfare bisogni d'interesse generale⁹⁷⁵ oppure perché permette un risparmio effettivo delle medesime risorse perché si

⁹⁷³ Cfr. Cons. St., sez. cons. atti normativi, 26 agosto 2002, n. 1794

⁹⁷⁴ Così D. Bolognino, R. Cameli, F. Giglioni, *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza italiana e comunitaria*, in *Labsus Paper*, n. 11, 2009, in www.labsus.org

⁹⁷⁵ Cfr. C. Conti, 04 maggio 2016, n. 54 che chiarendo la differenza tra sponsorizzazione e provvedimento attributivo di vantaggio economico ha stabilito che in quest'ultimo caso «(...) si tratta di garantire il sostegno di iniziative di un soggetto terzo anche sulla scorta dei principi di sussidiarietà orizzontale ex art.118 della Costituzione: essa comprende tutti quegli atti amministrativi che provvedono ad attribuire un beneficio economico, in primis di natura pecuniaria o di altro con consistenza valutabile economicamente, senza che questo comporti per il beneficiario un dovere di restituzione e/o un obbligazione di reintegrazione verso l'amministrazione».

reputano sufficienti quelle messe in campo dai soggetti privati per rispondere ai bisogni⁹⁷⁶. Sia da punto di vista dell'impiego sia dal punto di vista del risparmio questi ultimi orientamenti espressi segnalano l'opportunità che la sussidiarietà orizzontale possa davvero permettere una diminuzione o comunque una razionalizzazione della spesa pubblica, anche se la giurisprudenza non si è spinta fino al punto di riconoscere espressamente tale possibilità, che comunque per una parte della dottrina risulta tutta da dimostrare e da verificare concretamente e non da legittimare *a priori*⁹⁷⁷. Sul versante del regime delle responsabilità dei soggetti privati che svolgono attività d'interesse generale, la giurisprudenza si è interrogata rispondendo in taluni casi in senso affermativo, se oltre al regime comune di responsabilità ai soggetti privati citati dovesse applicarsi anche un regime pubblicistico in ragione dello svolgimento delle peculiare attività a rilevanza pubblica che qualora pongano in essere comportamenti in contrasto con la corretta gestione di beni di interesse comune loro affidati, possono cagionare pertanto un danno alla collettività. In quest'ottica pertanto trovano menzione alcune pronunce della giurisprudenza contabile e di legittimità⁹⁷⁸ favorevoli all'estensione del regime di responsabilità amministrativa anche nei confronti di quei soggetti che pur essendo privati, esercitano attività d'interesse generale e risultano percettori di finanziamenti pubblici che possono essere chiamati a rispondere innanzi alla giurisdizione contabile. Va detto, tuttavia, che non esiste attualmente una giurisprudenza significativa che ricollega direttamente il principio di sussidiarietà orizzontale all'estensione del regime di responsabilità amministrativa. Infine, a riguardo dell'estensione delle regole pubblicistiche ai soggetti privati che operano in attività di interesse generale, che non rientrino come visto in precedenza nella

⁹⁷⁶ Cfr. Cons. St., sez. V, 18 novembre 2002, n. 6395

⁹⁷⁷ Cfr. Cons. St., sez. cons. atti normativi, 26 agosto 2002, n. 1794

⁹⁷⁸ Tale perplessità è stata manifestata in particolare da D. Bolognino, R. Cameli, F. Giglioni, *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza italiana e comunitaria*, in *Labsus Paper*, n. 11, 2009, in www.labsus.org secondo i quali non è necessariamente vero che dirottare le risorse pubbliche a favore delle iniziative dei soggetti privati che rispondono a bisogni d'interesse generale piuttosto che sul capitolo del finanziamento degli apparati pubblici, che svolgerebbero lo stesso compito, determini di per sé un risparmio netto dell'impiego delle risorse, perché le risorse risparmiate sul versante del finanziamento pubblico potrebbero essere compensate dalle erogazioni a favore dei soggetti privati.

categoria delle funzioni amministrative, la giurisprudenza amministrativa⁹⁷⁹ ha chiarito che, ancorché essi debbano assicurare alla collettività identiche garanzie in termini di rapporto e di integrità dei diritti, che essa avrebbe con la pubblica amministrazione, non si tratta di estendere *ex abrupto* le normative pubblicistiche a tali soggetti privati, ma di assicurare gli aspetti sostanziali di tutela verso la collettività.

In questo contesto interpretativo del dettato costituzionale tutt'altro che nitido che, all'art. 118 comma 4 da un lato contempla la Repubblica, declinata nelle sue molteplici articolazioni politico-amministrative in capo alla quale grava l'obbligo di favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini e dall'altro individua proprio questi ultimi quali destinatari dell'attività agevolativa e promozionale da parte dei poteri pubblici, risulta difficile ricostruire anche per la giurisprudenza il contenuto obiettivo circa l'individuazione di tale funzione amministrativa che viene riassunta laconicamente nell'espressione «favoriscono». La giurisprudenza ha comunque, potuto mettere in luce che la posizione giuridica dei cittadini singoli e associati rispetto all'esercizio della citata funzione da parte dei poteri pubblici si riconduce alla categoria degli interessi legittimi, atteso, tuttavia, il mantenimento in capo all'amministrazione di un'ampia discrezionalità in merito alle modalità e alle forme dell'esercizio di tale funzione⁹⁸⁰. I giudici amministrativi hanno rilevato comunque una qualche difficoltà connessa all'affermazione della giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale, attesa la sua natura aperta e per alcuni aspetti indeterminata. Tuttavia, la giurisprudenza ha concordato generalmente nel riconoscere al principio citato la capacità di decostruire la rigida

⁹⁷⁹ Si veda la decisione più rilevante in questo senso Cass., Sez. Un., 22 dicembre 2003, n. 19667; Si veda anche C. Conti, 20 giugno 2001, n. 219.

⁹⁷⁹ Cfr. Cons. St., sez. VI, 25 marzo 2004, n. 1617

⁹⁸⁰ S. Pellizzari, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive*, in *Ist. Federalismo*, n. 3/2011, 604 ss. che segnala come d'interesse sul punto Cons. St., sez. V, 6 giugno 2009, n. 6094 concernente una proposta avanzata da una società di mutuo soccorso locale, rappresentativa di alcune imprese sociali, cooperative, associazioni, fondazioni, *onlus* e comitati del territorio, ai fini dell'utilizzo a scopi sociali e culturali di un'area in disuso di proprietà comunale. Il giudice amministrativo si è pronunciato sottolineando che nelle trattative avviate con l'amministrazione comunale, la società non potesse dirsi titolare di una posizione giuridica qualificata in termini di legittimo affidamento ed inoltre che spettava all'amministrazione le modalità di gestione del proprio patrimonio in base a criteri e con modalità ampiamente discrezionali.

bipartizione tra sfera pubblica e sfera privata, il c.d. paradigma bipolare⁹⁸¹, consentendo l'esercizio da parte dei privati singoli e associati di attività che erano in precedenza di stretta competenza dei soggetti pubblici e disegnando un sistema multipolare che in determinati ambiti, come ha sottolineato anche una parte della dottrina⁹⁸², possa trovare puntuale espressione ed anzi divenire principio cardine per l'individuazione di decisioni che possano favorire le autonome iniziative della collettività con ad oggetto attività d'interesse generale. L'attività giurisprudenziale si è rivolta in particolare all'individuazione dell'ambito delle attività in cui la sussidiarietà orizzontale possa trovare rilevanza, ovvero definire cosa debba intendersi per autonoma iniziativa dei cittadini e cosa debba intendersi per interesse generale. Se la giurisprudenza generalmente è stata concorde nel ritenere che la sussidiarietà orizzontale incida significativamente sulle prerogative d'intervento pubblico ammettendo l'operatività ai privati in settori prima preclusi a questi ultimi, ciò non significa che alcune prerogative d'intervento pubblico non possano rimanere intatte. L'attività esegetica dei giudici amministrativi ha concorso alla ricostruzione di uno schema che vede da un lato la riserva dei poteri pubblici, più ridotta rispetto al passato ma sostanzialmente non insidiata dal principio di sussidiarietà orizzontale. Dall'altro ha inquadrato un ambito, in cui operano i privati ovvero il mercato e più in generale lo spazio delle libertà tradizionali economiche, ed infine una terza dimensione in cui pubblico e privato, interagiscono, e che si pone in un'ottica necessariamente complementare ed anzi integrativa rispetto all'operatività della sfera riservata all'esercizio dell'attività amministrativa in senso stretto condotta dai soggetti pubblici prospettando, come ha auspicato autorevole dottrina, un nuovo modello di democrazia dove soggetti

⁹⁸¹ L'espressione è di Sabino Cassese ripresa poi da G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118. u.c. della Costituzione*, cit

⁹⁸² S. Pellizzari, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive*, cit., 620 secondo la quale sul terreno delle decisioni amministrative complesse e dei moduli decisionali di tipo convenzionale la sussidiarietà orizzontale può trovare puntuale riferimento di espressione applicativa.

pubblici e privati non si pongono in antitesi ma in «(...) una posizione di collaborazione reciproca nella realizzazione dell'interesse generale»⁹⁸³.

6.2. Affidamenti, esternalizzazioni e sussidiarietà orizzontale: una pluralità di modelli per diversi approcci metodologici.

La sussidiarietà, com'è stato ricordato in precedenza, assurge quindi a criterio in base al quale a norma del dettato costituzionale, i poteri pubblici favoriscono l'autonoma iniziativa dei privati singoli o all'interno delle formazioni sociali, finalizzata a rispondere ad esigenze e bisogni d'interesse generale, non sostituendosi ad essi e non comprimendo la loro iniziativa, ma anzi sussidiandoli attraverso diverse azioni dirette o indirette, nel rispetto del quadro delle norme europee e nazionali vigenti. Tuttavia, la nozione a geometria variabile che l'amministrazione pubblica ha sviluppato nel corso del tempo, sia sotto il profilo soggettivo sia sotto il profilo oggettivo, che appaiono oggi sempre più allargate rispetto al passato⁹⁸⁴, e che attraverso le trasformazioni storiche, politiche e giuridiche dei tempi sono state investite da profonde modificazioni e significativi cambiamenti, oggi tendono con sempre ad orientarsi verso un'idea di amministrazione di risultato⁹⁸⁵ e di semplificazione amministrativa⁹⁸⁶. Il legislatore

⁹⁸³ Così F. Benvenuti, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, cit., 23 secondo cui «La risposta democratica va oggi impostata non tanto sulla partecipazione popolare alle strutture (...) ma mediante il riconoscimento di poteri di intervento dei cittadini nell'ambito dell'esercizio delle funzioni». Ciò in quanto secondo Benvenuti, «(...) il problema del nuovo Stato e il problema del nuovo cittadino presuppongono una loro reciproca posizione dinamica e un reciproco avvicinarsi. Quanto più il nuovo cittadino diviene titolare di una sua libertà attiva, tanto più si apre il confine della sua persona; egli conquista in tal modo, oltre al valore della esistenza individuale, anche la coscienza di un essere per gli altri (...) non basta più la difesa della libertà individuale ma occorre che l'individuo vada oltre e cooperi a costruire, insieme agli altri, la rete di relazioni che costituisce la base e il principio di una società aperta» (128-129). Sul pensiero di Benvenuti in tema di sussidiarietà orizzontale si veda da ultimo G. Arena, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2017, 43 ss.

⁹⁸⁴ Sulla nozione allargata di pubblica amministrazione da ultimo sia consentito il rinvio a G. Mulazzani, *Pubblica amministrazione: un perimetro a geometria variabile tra diritto UE e diritto interno*, in *Dir. econ.*, n.2/2017, 323 ss. Sulla riforma dell'art. 97 Cost., inerente le regole in materia di vincoli di bilancio si veda G. Bottino, *Il nuovo articolo 97 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2014, 691 ss

⁹⁸⁵ Sull'amministrazione di risultato si vedano A. Police, *Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo*, in M. Immordino, A. Police, (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, 2004, 121 ss; M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; E. Follieri, *Attività liberalizzata e amministrazioni di risultati*, in *Foro amm.*, TAR, 2003, 329 ss. Si veda anche A. Maltoni, *Sussidiarietà orizzontale e munera pubblici. L'esternalizzazione di funzioni amministrative: verso un'amministrazione in senso sostanziale/funzionale*, cit., 180 ss secondo cui al delinearsi di questa prospettiva ispirata alla logica sostanzialistica del risultato in ottico mutuato dai canoni economico-aziendali si è pervenuti grazie anche alla riforma dell'ordinamento amministrativo con

dal punto di vista soggettivo ha tentato di rendere in primo luogo più efficiente il ruolo della macchina amministrativa mediante l'applicazione di un regime privatistico ai rapporti di lavoro pubblico con la riforma del pubblico impiego (l. n. 421/1992 e d.lgs. n. 29/1993) che prevedeva la separazione tra responsabilità politica e responsabilità dirigenziale al fine di ancorare quest'ultima ai risultati ottenuti nella gestione amministrativa. In secondo luogo dal punto di vista oggettivo è stata incentivata una maggiore efficienza dell'azione amministrativa sotto il profilo procedimentale, con l'approvazione della l. n. 241/1990 che ha introdotto istituti ben noti, come il termine di conclusione del procedimento la conferenza di servizi, il silenzio assenso, o la esplicitazione sul piano normativo della non invalidità dei vizi formali degli atti amministrativi. Infine, si è proceduto ad una trasformazione del rapporto tra amministrazione e cittadini non solo con la riforma dell'attività amministrativa bensì anche con istituti giuridici, quali l'accordo amministrativo che hanno inciso direttamente sul rapporto bilaterale tra potere pubblico e amministrati nell'ottica di coinvolgere maggiormente questi ultimi, e gli interessi che essi manifestano potenziandone l'apporto partecipativo ed i correlativi obblighi dell'amministrazioni, ad esempio con il preavviso di rigetto *ex art. 10-bis* l. n. 241/1990.

Il *modus operandi* della pubblica amministrazione è dunque stato significativamente inciso da quest'ultimo approccio che ha inciso anche nell'intervento pubblico in economia tendendo a dare attuazione al principio costituzionale di buon andamento di cui all'art. 97 Cost. attraverso l'amministrazione stessa orientata sempre di più a garantire l'efficacia e l'efficienza⁹⁸⁷ dell'attività che poneva in essere. Pertanto le modalità con cui i soggetti privati sono chiamati ad interagire con i poteri pubblici sono alquanto differenti, in quanto differenti sono parimenti i sottesi approcci metodologici al fine di perseguire gli obiettivi anzidetti di ottimizzazione dell'azione amministrativa, e più in generale di perseguimento di obiettivi di risposta a problemi ed esigenze d'interesse generale. Tra i diversi modelli che si pongono in

la l. n. 241/1990 che ha codificato i principi di economicità, efficacia ed efficienza e per merito anche di un complessivo ripensamento dei sistemi di controllo ricalibrati in vista del conseguimento di risultati da parte dell'amministrazione pubblica, che ha condotto nel tempo a svalutare quelli di legittimità valorizzando quelli di gestione determinando una sostanziale dequotazione della «rilevanza della legalità dell'azione amministrativa» (Cfr. A. Romano Tassone, *I controlli sugli atti degli enti locali nelle leggi n. 59 e n. 127 del 1997*, in *Dir. amm.*, 1998, 60.).

⁹⁸⁶ Si veda G. Corso, *Una nuova amministrazione?*, in *Nuove auton.*, 2003, 305 ss.

⁹⁸⁷ Sul tema dell'efficienza si veda tra tutti L. Mercati, voce *Efficienza della pubblica amministrazione*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, III, Milano, 2006, 2146 ss.

alternativa all'intervento diretto del potere pubblico, nelle sue diverse manifestazioni e gradazioni, da un lato appunto è stata analizzata la sussidiarietà e dall'altro occorre fare luce in questa sede a proposito di un altro modello, quello dell'esternalizzazione, che si differenzia anche da un altro modello, quella della privatizzazione. L'esternalizzazione, detta anche *outsourcing* nel corso degli anni, ha guadagnato crescente importanza, atteso il frequente ricorso che ne ha fatto la pubblica amministrazione. Ciò non essenzialmente per ragioni di principio, bensì più spesso per via di motivazioni funzionali al rispetto di vincoli di finanza pubblica, imposti alla pubblica amministrazione. Innanzitutto occorre premettere che l'esternalizzazione⁹⁸⁸ non nasce quale istituto giuridico bensì quale tecnica aziendale di cui si avvalgono le imprese per gestire al meglio i compiti ed i servizi strumentali o ausiliari alla propria attività di produzione di beni o servizi⁹⁸⁹.

Nel corso del tempo quest'ultima tecnica ha assunto grande importanza e rilevanza, anche nel settore pubblico, per l'incisività che ha avuto nel ridisegnare e ridefinire i profili da un lato degli apparati pubblici di amministrazioni e dall'altro dell'azione dei poteri pubblici, sul presupposto che l'amministrazione di risultato potesse essere più adeguatamente perseguita attraverso un alleggerimento, una maggiore modernizzazione, semplificazione e più rispondente dinamismo complessivo della pubblica amministrazione. Il fenomeno di alleggerimento dei compiti e delle funzioni amministrative non è in ogni caso stato inaugurato dall'avvento delle esternalizzazioni, perché già in passato taluni compiti e funzioni pubblici venivano poste al di fuori del perimetro pubblico in senso stretto. Si pensi, ad esempio, alla genesi delle aziende autonome, che rappresentavano entità sia pure pubbliche strumentali che sono state sottratte però alla rigidità delle disposizioni in materia di contabilità pubblica. L'unica differenza rispetto al passato è che con l'esternalizzazione compiti e funzioni amministrativi vengono demandati dall'amministrazione pubblica alla gestione da parte di soggetti privati che assolvono però compiti e funzioni pubbliche. È opportuno rilevare che la difficoltà principale che riguarda le esternalizzazioni, segnalata anche in dottrina⁹⁹⁰, è relativa perlopiù alla genericità del fenomeno oltretutto dell'assenza di un preciso istituto giuridico di riferimento, che non consente di tracciare confini definiti e quindi di pervenire ad una individuazione

⁹⁸⁸ Si veda nota 12.

⁹⁸⁹ F. Trimarchi, *Sistemi gestionali e forme contrattuali dell'"outsourcing" nella pubblica amministrazione (Prime riflessioni)*, in *Dir. econ.*, n.1/2002, 1 ss.

precisa delle fattispecie che ne rappresentano una valida e coerente manifestazione dal punto di vista giuridico.

Tentando una ricostruzione delle manifestazioni che in sede giuridica rimandano al fenomeno delle esternalizzazioni è possibile innanzitutto rintracciare ai casi in cui la pubblica amministrazione affida a soggetti privati esterni ad essa la gestione o l'esercizio di una o più attività mantenendone tuttavia la titolarità. Un'altra ipotesi ricorre, invece, quando viene permesso l'ingresso, o meglio il coinvolgimento di soggetti privati nell'attività dell'amministrazione con soluzioni istituzionali, come ad esempio quello delle società miste oppure funzionali come ad esempio nelle sostituzioni procedurali dei soggetti privati all'amministrazione medesima⁹⁹¹. Un'ulteriore ipotesi di esternalizzazione più attenuata può inoltre sussistere anche quando un'amministrazione pubblica eroghi finanziamenti direttamente ad un soggetto privato svolgente un'attività d'interesse generale in un'ottica di rapporto sinallagmatico, rinunciando alla titolarità dell'attività. Infine, da ultimo è possibile ravvisare finanche esternalizzazione nel caso in cui si determini la sostituzione integrale di soggetti privati con gli apparati dell'amministrazione pubblica nella gestione di attività, con attività di dismissione di compiti che da pubblici transitano nella titolarità e gestione di carattere privatistico come accade ad esempio nel settore del welfare o in quello culturale. Se, invece, si pone l'attenzione agli atti attraverso cui viene ad esistenza il fenomeno di esternalizzazione, essi possono essere sia unilaterali sia negoziali, quindi sia di tipo concessorio prevalente nel settore dei servizi pubblici sia di tipo convenzionale prevalente nel settore sanitario e sociale e più in generale di welfare⁹⁹². I diversi ambiti nei quali l'esternalizzazione ha avuto successo sono stati *in primis* i servizi pubblici locali, i beni pubblici, il settore del welfare, le funzioni pubbliche e le attività strumentali dell'amministrazione pubblica. Sui servizi pubblici locali, l'esternalizzazione a soggetti terzi a mezzo di procedura ad evidenza pubblica, rappresenta una possibile opzione codificata a livello normativo alla pari dell'affidamento a società mista o di quello a società *in house*, che riveste indubbi vantaggi⁹⁹³. Nel settore del welfare, parimenti

⁹⁹⁰ G. Piperata, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, cit., 967

⁹⁹¹ Si veda nota 14.

⁹⁹² Per un'analisi circa l'esternalizzazione mediante strumenti negoziali si veda A. Maltoni, *Sussidiarietà orizzontale e munera pubblici. L'esternalizzazione di funzioni amministrative: verso un'amministrazione in senso sostanziale/funzionale*, cit., 195 ss.

⁹⁹³ Come ha osservato C. Bassu, *Esternalizzazioni, affidamenti e sussidiarietà orizzontale*, in D. Donati e A. Paci (a cura di), *Sussidiarietà e concorrenza*, Bologna, 2010, 104, «Dal punto di vista

L'esternalizzazione è una pratica diffusa tra gli enti territoriali che vi ricorrono soprattutto per ragioni legate al rispetto dei vincoli di bilancio stringenti imposti dalla finanza pubblica per garantire l'erogazione dei servizi alla persona alla collettività che vengono affidati a organizzazioni *non profit*, quali associazioni di volontariato, Onlus, cooperative sociali. Per quanto riguarda i beni pubblici anch'essi si prestano ad essere esternalizzati (o meglio a esserne esternalizzata la gestione mediante dismissione, come avviene nel caso di attività di valorizzazione del patrimonio culturale pubblico ad opera di istituzioni o enti privati). Le attività strumentali della pubblica amministrazione, costituiscono poi il campo applicativo in cui *naturaliter* trova accoglimento il fenomeno dell'esternalizzazione, infine le funzioni rappresentano parimenti un ambito in cui l'ordinamento ha prima dell'avvento dell'esternalizzato conosciuto la dinamica dell'esercizio privato di funzioni pubbliche più volte richiamato. Circa l'esternalizzazione delle funzioni la dottrina si è lungamente interrogata circa i limiti dell'esportazione all'esterno di funzioni che spetterebbero in origine al potere pubblico, vista la titubanza che ha caratterizzato inizialmente i legislatori sia nazionale sia regionale. Ciò perché vengono chiamati in causa necessariamente il rapporto, da sempre interpretato in maniera rigida, e dunque le possibili tensioni tra il principio di legalità e l'attività di esternalizzazione delle funzioni amministrative medesime. Autorevole dottrina⁹⁹⁴, ha specificato che sul tema, almeno in linea teorica non sussistono limiti all'esternalizzazione di funzioni amministrative a soggetti privati anche se l'adesione a tale impostazione concettuale induce a ritenere che sia in capo all'amministrazione la determinazione circa l'*an*, il *quomodo*, il *modus* di conferimento delle attività, sulla base di uno specifico atto d'investitura. Le

economico, le strategie di esternalizzazione comportano alcuni rilevanti vantaggi. In primo luogo si registra l'ottenimento di economie di scala, conseguenti all'aumento dei volumi di attività e alla relativa diminuzione dell'influenza dei costi di struttura relativa a ogni unità di servizio prodotta. Si realizzano inoltre economie di specializzazione, connesse alle competenze settoriali dei fornitori e, da ultimo, un effetto positivo delle esternalizzazioni è dato dal miglioramento nei livelli qualitativi dell'offerta, dovuto più che altro all'abilità e alla professionalità dell'affidatario. Va da sé che il margine di beneficio conseguente all'esternalizzazione varia a seconda dell'attività oggetto della prestazione e, in particolare, se si tratta di servizi pubblici in senso stretto ovvero di cosiddette *facilities*, quali l'approvvigionamento all'esterno di prestazioni tecniche come quelle attinenti ai servizi di vigilanza, manutenzione o pulizia».

⁹⁹⁴ Cfr. S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, cit., 238 che ha ravvisato l'assenza di limiti all'attribuzione di funzioni pubbliche a soggetti privati mentre ad avviso di M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, cit., 255 «non possono essere conferiti (o quantomeno non dovrebbe esserlo) gli uffici che sono titolari di potestà pubbliche a carattere autoritativo e che pertanto emettono provvedimenti amministrativi. Gli uffici non conferibili sono individuati come quelli che esercitano pubbliche funzioni. Per cui il criterio è che siano conferibili ad imprese solo gli uffici che siano titolari di compiti che concretano servizi pubblici. Difatti nella pratica gli uffici conferiti ad impresa sono chiamati concessioni di pubblici servizi».

pubbliche amministrazioni, pertanto in virtù della loro capacità di autoorganizzazione e della capacità di diritto privato, nonché beninteso in virtù della propria discrezionalità, in quanto non sussistono obblighi di legge in tal senso, possono esternalizzare direttamente nel modo più adeguato l'esercizio delle funzioni, che non implicano esercizio di discrezionalità amministrativa, mentre in caso di attività discrezionali risulterebbe essenziale ai fini della legittimità almeno una esplicita previsione normativa che abiliti le attività svolte da soggetti privati alla qualifica di funzioni pubbliche⁹⁹⁵. Sussistono tuttavia taluni limiti oggettivi all'esternalizzazione, ad esempio per quanto attiene alla gestione degli uffici di diretta collaborazione con gli organi di indirizzo politico secondo quanto ha statuito una pronuncia della Corte costituzionale del 15 luglio 2017, n. 277 che giudicava la legittimità costituzionale della l.r. Lazio del 27 febbraio 2004, n. 2. Un ulteriore vincolo sulla possibilità di ricorrere all'esternalizzazione, sussiste parimenti nel caso di funzioni rientranti nelle mansioni comuni dei dipendenti di un ente pubblico secondo quanto ha fissato la Corte dei Conti⁹⁹⁶, secondo la quale il presupposto dell'esternalizzazione, si colloca nella riscontrata inadeguatezza e insufficienza di risorse nell'apparato amministrativo ad assolvere ad un determinato compito pubblico. Inoltre, a fronte della violazione di tale divieto di esternalizzazione, si configura responsabilità contabile per danno erariale a carico dei soggetti che l'hanno avallata, invece, di utilizzare risorse interne⁹⁹⁷. Infine è interessante anche una pronuncia resa in sede di controllo da parte della Corte dei Conti⁹⁹⁸ che ha prospettato il divieto di esternalizzazione, anche per la gestione del servizio finanziario di un ente locale, in quanto trattasi di funzione pubblica essenziale ai sensi del principio espresso dall'art. 14, comma 26, del d.l. n.78/2010 che afferma che «l'esercizio delle funzioni fondamentali dei Comuni è obbligatorio per l'ente titolare» e al successivo elenco delle funzioni, modificato, da ultimo, dall'art. 19 del d.l. n. 95/2012. Tra tali compiti appare, senza possibilità di appello, anche la funzione relativa all'organizzazione generale dell'amministrazione, gestione finanziaria e contabile e controllo. In seguito si è pervenuti a prospettare un modello generale di organizzazione individuabile

⁹⁹⁵ A. Maltoni, *Sussidiarietà orizzontale e munera pubblici. L'esternalizzazione di funzioni amministrative: verso un'amministrazione in senso sostanziale/funzionale*, cit., 228 ss.

⁹⁹⁶ Cfr. C. Conti, sez. III centr., 6 febbraio 2006, n. 74; Id., sez. II centr., 20 marzo 2006, n. 122.

⁹⁹⁷ Cfr. C. Conti, sez. II centr. app., 11 ottobre 2017, n. 399/2017 che ha confermato la responsabilità per danno erariale a carico, a diverso titolo, al responsabile finanziario, al segretario comunale, al sindaco e alla giunta comunale, per aver affidato all'esterno il servizio paghe dell'ente comunale, nonostante la presenza di personale interno capace e idoneo a svolgere queste attività.

proprio nell'esternalizzazione a patto che sia valutata *ex ante* la convenienza del ricorso a tale modello da parte dell'amministrazione pubblica proprio in termini di conseguimento dei risultati attesi dall'azione amministrativa secondo i canoni stabiliti dal buon andamento di rilievo costituzionali, quindi in base a parametri di efficienza, efficacia ed economicità⁹⁹⁹.

L'ordinamento giuridico nazionale, offre alle amministrazioni pubbliche un assetto di principi normativi sulla base dei quali poter operare le scelte in ordine alla possibilità di esternalizzazione delle funzioni, delle attività e dei servizi, *in primis* il principio di sussidiarietà, che con l'avvenuta costituzionalizzazione ha aperto ad una maggiore integrazione con i soggetti privati nello svolgimento delle attività d'interesse generale, anche se in base ad un modello, radicalmente differente sia per presupposti sia per manifestazione rispetto a quello dell'esternalizzazione, come si vedrà più oltre nel corso della trattazione. Altri principi sono quelli di cui all'art. 97, ovvero buon andamento¹⁰⁰⁰ e imparzialità diretti a conformare qualsiasi attività amministrativa, a cui si aggiungono i corollari della economicità, efficienza ed efficacia. Infine, rilevano quali principi da tenere presente nella scelta a favore dell'esternalizzazione quelli di proporzionalità e di adeguatezza per conferire idoneità alla decisione assunta dall'amministrazione. I risultati, sia pure parziali, a cui si è pervenuti con riferimento all'esternalizzazione delle funzioni pubbliche, richiedono una premessa generale ovvero che la specialità del diritto amministrativo non può essere soggetta a condizionamenti derivati dalla tipologia degli strumenti giuridici a cui decide di ricorrere l'amministrazione pubblica per il conseguimento dei suoi

⁹⁹⁹ Cfr. C. Conti, sez. contr. Friuli-Venezia Giulia, 9 marzo 2017, n. 4.

¹⁰⁰⁰ In tema si veda in generale G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, cit. In particolare si veda A. Maltoni, *Sussidiarietà orizzontale e munera pubblici. L'esternalizzazione di funzioni amministrative: verso un'amministrazione in senso sostanziale/funzionale*, cit., 186 il quale sostiene che «L'esternalizzazione di funzioni amministrative può dunque divenire un modo organizzativo alternativo alla creazione o al mantenimento di strutture e uffici pubblici della p.a., ma ciò deve avvenire solo previa valutazione della convenienza in termini di conseguimento di risultati da parte dell'Amministrazione, in modo tale che le scelte normative - che prefigurino diverse possibili soluzioni organizzative - siano rivolte a tradurre il principio del buon andamento nelle tre direttive costituzionali dell'efficienza, dell'efficacia, dell'economicità (...)».

¹⁰⁰¹ Si veda A. Lolli, *L'amministrazione attraverso strumenti economici: nuove forme di coordinamento degli interessi pubblici e privati*, Bologna, 2008, 25 ss. che ricollega il principio di buon andamento dell'attività amministrativa attraverso il contributo dei privati con l'attività di esternalizzazione delle funzioni amministrative secondo una duplice prospettiva: da un lato attraverso il conferimento a soggetti privati del perseguimento di interessi pubblici con attribuzione di funzioni a questi ultimi secondo modelli che si ispirano a quello consorzio, e dall'altro non limitandosi il legislatore a finalizzare l'attività dei privati al perseguimento di dette finalità, ma effettuando interventi più invasivi introducendo tratti di disciplina pubblicistica.

obiettivi¹⁰⁰¹. In primo luogo non sussiste sul piano teorico alcuna antinomia tra esercizio di funzioni pubbliche e strumenti di diritto privato, perché, nelle fattispecie di esternalizzazione, è fondamentale preservare il rispetto dei principi costituzionali dedicati alla funzione nonché quello della tutela accordata ai cittadini.

Ponendo l'attenzione sulle fattispecie giuridiche che hanno rappresentato modelli contrattuali o esperienze di collaborazione pubblico-privato innovativi, non si può ricordare da un lato il contratto misto di *global service*¹⁰⁰², idoneo a consentire l'affidamento di una pluralità di attività di carattere strumentale anche diversificate, e dall'altro quello di sponsorizzazione (v. *infra* cap. IV, par. 4.1. e 4.3) che hanno trovato un largo utilizzo da parte delle amministrazioni soprattutto nel settore dei beni culturali, all'art. 120 del d.lgs. n. 42/2004, c.d. Codice dei beni culturali e del paesaggio che ammette quale sponsorizzazione non solo i contributi economici ma anche prestazione di beni e servizi alla realizzazione di iniziative finalizzate alla valorizzazione del patrimonio culturale pubblico. Con specifico riferimento al ricorso a contratti di *global service* da parte delle amministrazioni pubbliche, quale strumento contrattuale di esternalizzazione per la manutenzione del patrimonio immobiliare pubblico, comunemente definito anche *facility management*, la Corte dei Conti¹⁰⁰³ ha messo in luce alcune rilevanti criticità a fronte dell'obiettivo dichiarato di avvalersi di tali soluzioni contrattuali per conseguire un modello gestionale rispondente alle esigenze connesse a una efficiente conduzione del patrimonio immobiliare. In sintesi, i giudici contabili hanno rilevato, nell'indagine svolta, come i risultati offerti dalla stipulazione delle convenzioni da parte di Consip S.p.A., siano piuttosto disomogenei, e accanto a taluni riscontri positivi sono stati registrati molte risultanze con bassi livelli di soddisfazione nonché assenza di effettivi risparmi nei costi sostenuti dalle

¹⁰⁰¹ Così A. Travi, *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, V, 1997, 178.

¹⁰⁰² M. Dugato, *I contratti misti come contratti atipici tra attività ed organizzazione amministrativa. Dal global service all'in house providing*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007, Vol. I, 427 ss.

¹⁰⁰³ Cfr. C. Conti, sez. centr. contr., *Il global service immobiliare nelle amministrazioni centrali dello Stato*, 25 maggio 2017, n. 6 2017/G, in www.corteconti.it che illustra gli esiti del controllo svolto in materia di ricorso delle amministrazioni dello Stato, centrali e periferiche, ai contratti di *global service* per manutenzioni immobiliari nel triennio 2011-2013, con proiezioni al 2014 e in alcuni casi al 2017 e 2020. L'indagine, ha inteso effettuare, con riferimento agli anni 2011, 2012, 2013 e con proiezioni al 2014, una ricognizione dei contratti di *global service* immobiliare, adottati dalle pubbliche amministrazioni dello Stato, centrali e periferiche, ponendo specifica attenzione agli obiettivi programmati e realizzati, in termini organizzativi ed economici, cercando

pubbliche amministrazioni e nell'impiego di risorse umane. Ad avviso degli stessi giudici «(...) si è potuta constatare una notevole difficoltà in ordine ad un efficace controllo dell'esecuzione dei contratti a causa, da un lato, della carenza o mancanza, all'interno delle amministrazioni, di personale con specifiche competenze tecniche idonee allo scopo, dall'altro, di una insufficiente interlocuzione tra amministrazioni e assuntori». In definitiva con riguardo ai contratti di *facility management* sono emerse criticità importanti sia sotto il profilo della qualità dei servizi resi sia sotto il profilo dell'effettiva economicità del ricorso¹⁰⁰⁴.

Tracciando un breve *excursus* normativo delle esperienze di esternalizzazione, non si può non partire dall'art. 29, della l. 28 dicembre 2001, n. 448 c.d. legge Finanziaria 2002¹⁰⁰⁵, rubricato "Misure di efficienza delle pubbliche amministrazioni" che abilita le amministrazioni pubbliche e gli enti che ricevono direttamente o indirettamente finanziamenti delle attività a carico del bilancio statale, a ricorrere all'esternalizzazione dei servizi, intesi come attività strumentali spettanti ai poteri pubblici al fine di perseguire i propri fini istituzionali, direttamente oppure a mezzo della costituzione di soggetti di diritto privato cui affidare tali compiti, precedentemente in capo agli apparati amministrativi interni. Emerge con chiarezza da un lato che l'esternalizzazione rappresenta una misura finalizzata a garantire e perseguire l'efficienza dell'attività pubblica.

di verificare l'effettiva convenienza del ricorso a tale forma contrattuale, sia a livello di efficienza ed efficacia, sia di riduzione dei costi.

¹⁰⁰⁴ Cfr. C. Conti, sez. centr. contr., *Il global service immobiliare nelle amministrazioni centrali dello Stato*, 25 maggio 2017, n. 6 2017/G, 98-99 in www.corteconti.it secondo cui, con riferimento alle criticità che attengono alla qualità dei servizi la Corte dei Conti ammonisce che «(...) un miglioramento della soddisfazione può essere perseguito soprattutto attraverso un efficientamento dei rapporti tra committente e assuntore nella fase gestionale del rapporto, valorizzando il ruolo del responsabile dei rapporti con il fornitore (supervisore) che, dall'analisi della documentazione pervenuta, sembra invece essere lasciato in ombra». Per quanto concerne, invece, il profilo di criticità relativo all'effettiva economicità del ricorso a tali contratti, la Corte dei Conti ha segnalato che «(...) occorre introdurre misure che stimolino la concorrenzialità tra le imprese partecipanti alle gare, dando spazio adeguato anche alle Pmi che, specie su ambiti territoriali circoscritti, possono offrire condizioni economiche vantaggiose». Infine i giudici hanno rilevato l'utilità di «(...) aumentare il numero dei lotti messi a gara per ogni convenzione, riducendo l'estensione territoriale dei lotti».

¹⁰⁰⁵ Cfr. «Le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché gli enti finanziati direttamente o indirettamente a carico del bilancio dello Stato sono autorizzati, anche in deroga alle vigenti disposizioni, a: a) acquistare sul mercato i servizi, originariamente prodotti al proprio interno, a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione; b) costituire, nel rispetto delle condizioni di economicità di cui alla lettera a), soggetti di diritto privato ai quali affidare lo svolgimento di servizi, svolti in precedenza; c) attribuire a soggetti di diritto privato già esistenti, attraverso gara pubblica, ovvero con adesione alle convenzioni stipulate ai sensi dell'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e successive modificazioni, e dell'articolo 59 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, lo svolgimento dei servizi di cui alla lettera b)».

Infatti, tale modalità è invocabile soltanto sul presupposto di conseguire economie di gestione e dall'altro che tale modalità come recita il dettato normativo sarebbe derogatoria, rispetto alla normativa vigente anche se su quest'ultimo aspetto si sono registrate divergenze in termini di visione interpretativa¹⁰⁰⁶. Accanto alla presente normativa di carattere generale, il legislatore ha introdotto specifiche disposizioni per abilitare le amministrazioni pubbliche a procedere all'esternalizzazione, in diversi settori. A titolo meramente esemplificativo si ricordano l'esternalizzazione delle procedure di acquisto di beni e servizi per le amministrazioni pubbliche di cui all'art. 26 della l. 23 dicembre 1999, n. 488, legge finanziaria 2000 e s.m.i., imperniata sul ruolo strategico della centrale di committenza in mano pubblica, la Consip S.p.a. che stipula convenzioni con imprese private che forniscono beni o servizi selezionate a mezzo di procedura ad evidenza pubblica¹⁰⁰⁷, l'esternalizzazione del settore della sanità pubblica¹⁰⁰⁸ e nel settore culturale¹⁰⁰⁹. Altri interventi hanno riguardato poi l'esternalizzazione di attività inerenti il controllo e l'istruttoria con riguardo alle imprese private¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁶ Per gli orientamenti emersi nel dibattito sul valore derogatorio o meno della norma di cui all'art. 29 della l. n. 448/2001 si veda G. Piperata, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, cit.,

¹⁰⁰⁷ Per un'analisi sull'esternalizzazione delle attività amministrative, con riferimento all'acquisto dei beni o servizi e alla gestione del patrimonio immobiliare si rinvia a L. Fiorentino, *L'esternalizzazione delle attività amministrative: l'acquisto di beni e servizi da parte delle Pubbliche Amministrazioni e il patrimonio immobiliare dello Stato*, in *Economia dei Servizi*, n. 2/2009, 259 ss. che sottolinea come però (269) «(...) la realizzazione di un processo di esternalizzazione non è sufficiente di per sé a garantire il raggiungimento di obiettivi di maggior efficienza ed efficacia gestionale, ma è necessario che siano messi in campo anche altri fattori. L'esternalizzazione deve essere, in primo luogo, accompagnata da un'adeguata riorganizzazione amministrativa. Il mancato riassetto ed adattamento da parte dell'Amministrazione della sua struttura interna può, infatti, comportare una duplicazione di funzioni e un appesantimento dell'apparato amministrativo tale da contraddire uno degli obiettivi fondamentali dell'esternalizzazione, ovvero lo snellimento delle procedure».

¹⁰⁰⁸ Il riferimento corre al processo di aziendalizzazione del sistema sanitario nazionale che ha preso avvio con il d.lgs. n. 502/1992, in particolare l'art. 9-bis, concernente la possibilità di costituzione di società miste per attuare sperimentazioni di nuovi modelli gestionali, sviluppati anche attraverso il d.lgs. n. 229/1999.

¹⁰⁰⁹ Si allude al citato art. 10 d.lgs. n. 368/1998 che ha introdotto nuove possibilità di esternalizzazione a soggetti terzi nella gestione dei beni culturali contemplando il coinvolgimento di soggetti privati nella valorizzazione del patrimonio culturale d'interesse nazionale. Il riferimento si estende anche ad altre forme previste dal d.lgs. n. 42/2004 c.d. Codice dei beni culturali e del paesaggio che all'art. 6 riconosce il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali e agli artt. 111, 112 e 113 disciplina le modalità di valorizzazione su beni di proprietà pubblica e privata. Gli artt. 115 e 117 disciplinano forme di esternalizzazione di attività di valorizzazione e promozione culturale.

¹⁰¹⁰ A titolo esemplificativo questo è il caso proprio dell'art. 3 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 123, in materia di razionalizzazione degli interventi di sostegno pubblico alle imprese, attuativo della l. n. 59/1997 c.d. Legge Bassanini. Tale norma al comma 2 prevede che, rispetto alle attività istruttoria e di erogazione relative ai procedimenti amministrativi concernenti gli interventi di sostegno pubblico per lo sviluppo delle attività produttive, ivi compresi gli incentivi, i contributi, le agevolazioni, le sovvenzioni e i benefici di qualsiasi genere «(...) possono essere stipulate convenzioni, le cui obbligazioni sono di natura privatistica, con società o enti in possesso dei necessari requisiti tecnici, organizzativi e di terzietà in relazione allo svolgimento delle predette

All'inizio della presente trattazione si faceva riferimento agli effetti che produce l'esternalizzazione, ricordando che essa determina per l'amministrazione medesima, un sostanziale alleggerimento con il trasferimento all'esterno dello svolgimento delle attività, servizi, funzioni prima svolte all'interno del perimetro dell'amministrazione pubblica. Se, invece, si guardano i possibili effetti che produce l'esternalizzazione in capo ai soggetti destinatari di detto trasferimento, è possibile constatare che ancorché i soggetti, che svolgono compiti pubblici, prima riservati alla pubblica amministrazione, rivestano natura privata, sembra essersi affermata una tendenza in base alla quale proprio per la natura pubblica dei compiti che tali soggetti attendono, essi siano assoggettati ad una influenza normativa pubblicistica, ovvero al rispetto di norme valide per le amministrazioni pubbliche per ragioni essenzialmente derivanti dalla necessità di assicurare ai cittadini le medesime tutele e le stesse garanzie¹⁰¹¹ loro offerte dai poteri pubblici prima impegnati nell'espletamento dei medesimi compiti¹⁰¹². Sul piano legislativo vi sono norme che impongono schemi e istituti pubblicistici anche a fronte di fenomeni di esternalizzazione o di privatizzazione, comunque di esercizio da parte di soggetti privati di funzioni, attività, servizi pubblici, come ad esempio l'art. 1, comma 1-ter, della l. n. 241/1990 che sottopone i soggetti preposti all'esercizio di attività pubbliche al rispetto dei principi dell'azione amministrativa (ovvero ai criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza) specificando, inoltre, all'art. 23 che il regime del diritto di accesso si applica anche ai soggetti privati gestori di servizi pubblici. In sostanza la partecipazione del soggetto privato, mediante l'esercizio del diritto di accesso ai documenti, al procedimento amministrativo, non registra un limite di carattere soggettivo riferito al soggetto gestore dell'attività, ma prescinde totalmente dalla natura giuridica, sia essa pubblica o privata, del soggetto medesimo.

attività». Nello stesso spirito altre norme abilitano le amministrazioni pubbliche ad esternalizzare alcune procedure inerenti il controllo, il collaudo e l'omologazione dei macchinari in base all'art. 19 comma 1 d.lgs. n. 112/1998 o concernenti la realizzazione di impianti e strutture produttive in base all'art 25 d.lgs. n. 112/1998 e all'art. 9 d.P.R. n. 44/1998.

¹⁰¹¹ Il profilo garantista che assiste e caratterizza il diritto amministrativo ed il diritto di accesso nei confronti dei cittadini emerge chiaramente nel libro di R. Ferrara, *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2002, 103 ss.

¹⁰¹² Come ha osservato G. Piperata, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, cit., 982 «(...) la scelta di spostare all'esterno di tale impianto istituzionale lo svolgimento di alcuni compiti per ragioni di maggiore efficienza ed economicità non può rispondere ad una mera esigenza di «fuga dal diritto amministrativo» né tradursi in un eccessivo sacrificio per le garanzie procedurali e processuali dei cittadini».

Il diritto di accesso di cui all'art. 22 della l. n. 241/1990 con i suoi presupposti e le sue condizioni, poi riformato con la l. 11 febbraio 2005, n. 11 (che ha specificato come l'ambito soggettivo di applicazione del diritto di accesso si estende anche ai soggetti privati, limitatamente alla loro attività di pubblico interesse), è stato a lungo criticato dalla dottrina sotto il profilo della inidoneità ad assicurare un controllo generale democratico diffuso da parte della collettività circa l'attività dell'amministrazione per via del fatto che appresta tutele solo nei confronti di situazioni giuridiche considerate rilevanti, differenziate e qualificate¹⁰¹³. Nei successivi e recenti interventi legislativi, il diritto di accesso previsto all'art. 22 è stato affiancato da un altro istituto piuttosto innovativo, ovvero quello del diritto di accesso civico¹⁰¹⁴ previsto dall'art. 5 del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 in materia di trasparenza e obblighi di pubblicazione, adottato in attuazione della l. 6 novembre 2012, n. 190 c.d. Legge Anticorruzione. Quest'ultimo decreto, al fine del rispetto del principio di trasparenza dell'azione amministrativa, che fin dall'emanazione del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 c.d. Decreto Brunetta, in materia di pubblico impiego, è stata collegata con il principio dell'accessibilità totale da parte dei cittadini ai documenti della pubblica amministrazione in virtù dell'art. 11 comma 1, ha previsto obblighi di pubblicazione sui propri siti web istituzionali gravanti innanzitutto sulle amministrazioni pubbliche e su altri soggetti quali gli enti pubblici economici e gli ordini professionali, ma estesi anche a soggetti di diritto privato, quali società, associazioni, fondazioni, consorzi, in regime di controllo pubblico, oppure in regime di mera partecipazione da parte dei soggetti pubblici, *ratione materiae*, ovvero limitatamente alle attività d'interesse pubblico che svolgono. In virtù dell'accesso civico sono cadono i presupposti di legittimazione attiva per i cittadini o altri soggetti privati previsti dall'art. 22, ai quali viene consentito il diritto di accesso ai documenti, informazioni e dati della pubblica amministrazione a prescindere dai requisiti di cui all'art. 22, ovvero liberamente, ma limitatamente a quanto è fatto oggetto di obbligo di pubblicazione ai soggetti tenuti al rispetto dei detta norma. Da ultimo è stato introdotto a fianco dei due

¹⁰¹³ Per un'analisi critica in dottrina si vedano tra gli altri A. Sandulli, *La casa dei vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 669 ss; E. Carloni, *La «casa di vetro» e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 779 ss. Per una ricostruzione giurisprudenziale circa le problematiche poste dal diritto di accesso si veda per tutti G. Sgueo, *Il diritto di accesso agli atti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2014, 282 ss.

¹⁰¹⁴ Per una ricostruzione della disciplina del d.lgs. n. 33/2013 si vedano tra gli altri M. Savino, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, n.8-9/2013, 795 ss.;

predetti istituti, che mantengono la propria vigenza, il diritto di accesso civico generalizzato sul modello anglosassone del c.d. *Freedom of Information Act* (FOIA), introdotto nel nostro ordinamento dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, che ha modificato significativamente il predetto decreto legislativo in materia di trasparenza, in attuazione della delega governativa conferita attraverso la l. n. 124/2015 c.d. Legge Madia di riforma della pubblica amministrazione. In virtù dell'accesso civico generalizzato¹⁰¹⁵, infatti, ai sensi dell'art. 6 che ha modificato l'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013, «(...) chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis». Anche in materia di appalti pubblici e concessioni sia nella versione del Codice dei contratti del 2006 sia in quella riformata del 2016, il richiamo alla figura dell'organismo di diritto pubblico¹⁰¹⁶ oggi definita all'art. 3 comma 1, lett. d) d.lgs. n. 50/2016, continua ad essere funzionale a garantire il rispetto delle norme in materia di aggiudicazione di contratti pubblici, e dei principi sanciti nei Trattati europei, primo fra tutti quello di concorrenza. A tali norme sono, infatti, soggetti, oltre alle amministrazioni pubbliche che vengono qualificate amministrazioni aggiudicatrici, anche soggetti di diritto privato dotate di personalità giuridica che hanno tuttavia un collegamento intenso, in termini di influenza sulla base di criteri elaborati dalla giurisprudenza europea, con le pubbliche amministrazioni e che svolgono attività d'interesse generale, non di natura industriale o commerciale, affinché non siano poste in essere violazioni o elusioni del principio di concorrenza nell'aggiudicazione dei contratti pubblici. La giurisprudenza amministrativa¹⁰¹⁷, contabile¹⁰¹⁸ e di legittimità¹⁰¹⁹ hanno manifestato

¹⁰¹⁵ Per un'analisi circa i profili evolutivi della disciplina inerente il diritto di accesso nella legislazione italiana dall'art. 22 della l. n. 190, passando per l'art. 5 del d.lg. n. 33/2013 fino all'introduzione dell'accesso civico generalizzato ad opera dell'art. 6 d.lgs. n. 97/2016 si veda D. U. Galetta, *La trasparenza per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. di pubbl. com.*, n. 5/2016, 1041 ss.

¹⁰¹⁶ Si veda nota 571.

¹⁰¹⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 29 Luglio 2004, n. 5632 che ha ritenuto Sviluppo Italia S.p.a. essere assoggettata al diritto di accesso, nonostante la forma giuridica societaria e dunque privatistica, in quanto svolgente attività ritenute dalla giurisprudenza d'interesse pubblico; Cfr. Cons., sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 269 che ha chiarito come «la trasformazione dell'Ente Autonomo Acquedotto Pugliese in società per azioni, per effetto della privatizzazione soltanto formale disposta dal d.lgs. n. 141/1999, non ne ha mutato la precedente natura pubblicistica, continuando l'AQP ad essere affidatario di rilevanti interessi pubblici e soggiacendo, per queste ragioni, ad un regime giuridico connotato da prevalenti caratteri pubblicistici».

orientamenti, con accenti e secondo prospettive differenti, che hanno nel corso del tempo confermato il *trend* di *vis* espansiva della pubblicizzazione normativa anche in contesti e nei confronti di soggetti che sono privati a tutti gli effetti, generando contraddizioni e paradossi circa l'effettiva convenienza dell'esternalizzazione nell'ottica dell'efficientamento dell'azione amministrativa, e più in generale dei poteri pubblici per rispondere alle istanze della collettività. La dottrina¹⁰²⁰, rilevando i profili di contraddittorietà e paradossalità conclamate che può generare l'esternalizzazione, ha messo in guardia dal rischio di una visione sostanzialistica circa il regime applicabile alla natura giuridica degli enti e di un ampliamento indiscriminato del regime pubblicistico anche a soggetti privati che ne risultano completamente estranei. Ciò con l'esito di una possibile sterilizzazione dei meccanismi che presiedono all'esternalizzazione medesima, la quale da un lato permette l'alleggerimento dell'apparato amministrativo e dall'altro favorirebbe paradossalmente l'appesantimento con l'imposizione a soggetti privati di maglie di forza pubblicistiche assolutamente non confacenti e non adeguate, disincentivandone l'attitudine collaborativa e la possibilità d'interagire in modo sinergico con le stesse amministrazioni pubbliche.

In dottrina è stato segnalato che, il perseguimento del principio di buon andamento mediante l'esternalizzazione da parte l'amministrazione potrebbe essere perseguito anche mediante l'azione opposta e contraria ovvero l'internalizzazione. In base a tale approccio, non si trasferiscono all'esterno funzioni pubbliche, finalizzando l'azione dei soggetti privati cui sono affidate tali funzioni, ma si segue un percorso uguale e contrario, ovvero valorizzando l'iniziativa privata e gli ordinari strumenti di mercato, adeguatamente delimitati in modo tale che essi perseguendo interessi privati soddisfino intrinsecamente interessi pubblici. Il presupposto economico di tale approccio è dato dall'internalizzazione nell'azione dei soggetti privati dei costi esterni pubblici della loro attività, in modo che la relativa attività sia intrinsecamente funzionale rispetto alla tutela dell'interesse pubblico pur rimanendo attività privata¹⁰²¹.

¹⁰¹⁸ Cfr. C. Conti, sez. giur. Lazio, 10 settembre 1999, n. 1015; Id., sez. giur. Lombardia 17 febbraio 2000, n. 296.

¹⁰¹⁹ Cass., Sez. un., 3 maggio 2005, n. 9096 secondo cui «la qualificazione di un ente come società di capitali non è di per sé sufficiente ad escludere la natura di istituzione pubblica dell'ente stesso, dovendosi procedere ad una valutazione concreta in fatto, caso per caso».

¹⁰²⁰ G. Piperata, *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, cit., 985-986

¹⁰²¹ Sull'internalizzazione si veda A. Lolli, *L'amministrazione attraverso strumenti economici: nuove forme di coordinamento degli interessi pubblici e privati*, cit., 30 ss. «(...) non si internalizza l'attività privata nell'attività amministrativa, assoggettando in diversi casi l'attività

Proprio per la complessità giuridica che assiste l'individuazione precisa e puntuale della nozione di esternalizzazione, che rappresenta perlopiù uno strumento di prassi messo in atto dalle pubbliche amministrazioni, piuttosto che un presupposto di politica legislativa del diritto, è bene però tracciare confini ed identità di questo fenomeno, in quanto viene spesso associato, confuso e talvolta travisato del tutto nel suo significato originale con altre nozioni, quali quelle di privatizzazione, liberalizzazione, ma soprattutto con la nozione di sussidiarietà orizzontale. Procedendo con ordine, la privatizzazione rappresenta un fenomeno che attiene all'ambito soggettivo, ovvero alla natura formalmente (nel caso di privatizzazione c.d. fredda) o sostanzialmente (nel caso di privatizzazione c.d. calda) privatistica del soggetto che gestisce uno o più servizi rivolti alla collettività, oppure all'amministrazione pubblica. La liberalizzazione, pur se riguarda anch'essa il profilo soggettivo, si pone in un piano concettualmente differente, perché riguarda la natura del mercato cioè del contesto economico all'interno del quale operano i soggetti pubblici o privati, che può essere monopolistico in cui sussistono riserve d'intervento in un determinato settore, in capo ad un determinato operatore economico, oppure liberalizzato, in cui il mercato relativo ad un determinato settore viene aperto, invece, alla libera concorrenza di una pluralità di operatori economici. L'esternalizzazione, a differenza della privatizzazione e della liberalizzazione, non attiene all'ambito soggettivo, bensì oggettivo, nel senso che descrivono in senso stretto processi di moto da luogo ovvero dinamiche di spostamento all'esterno, in capo a soggetti privati, di compiti pubblici che prima erano riservati e spettavano all'amministrazione pubblica. La confusione maggiore, a livello interpretativo, che merita pertanto alcune puntualizzazioni, si è ingenerata rispetto alla differenza sostanziale tra esternalizzazione e sussidiarietà orizzontale, in cui la prima viene considerata un'espressione organizzativa fondata sul secondo, ma in realtà le due nozioni sono fondate su presupposti, approcci metodologici e implicano visioni e prospettive distinte e differenti. In dottrina¹⁰²² è stato osservato che, nonostante esternalizzazione e sussidiarietà presentino taluni punti di analogia e di comunanza, perché valorizzano la partecipazione ed il coinvolgimento attivo di

privata a regole amministrative, ma di fa l'opposto internalizzando gli interessi amministrativi nell'attività privata, la quale viene conformata - in sede legislativa (mercati artificiali, certificazioni ambientali) o amministrativa (accordi unilaterali) - così da funzionare intrinsecamente in una prospettiva di interesse pubblico».

soggetti privati, in vista del perseguimento dell'interesse pubblico, troppo spesso gli enti pubblici hanno equivocato in sede di prassi attuativa il principio di sussidiarietà, inteso quale meccanismo di delega a soggetti privati della gestione ed erogazione di servizi pubblici a favore della collettività in chiave sostitutiva ed alternativa all'intervento pubblico, che si eclissa per ragioni organizzative o di vincoli di bilancio. La sussidiarietà orizzontale è, invece, un principio come ricordato in precedenza, eminentemente relazionale, perché riguarda i rapporti tra le istituzioni territoriali e le aggregazioni sociali, in cui le prime sono chiamate a favorire le autonome iniziative che promanano dalle seconde in termini di risposte ai bisogni collettivi, ovvero svolgendo attività d'interesse generale. Operata quindi la prima distinzione in termini di rapporto, che nell'esternalizzazione si pone in chiave di delega o comunque di trasferimento dal pubblico al privato, quindi in ottica unilaterale e unidirezionale mentre nella sussidiarietà presuppone una relazione e quindi bilaterale, e quindi di interscambio collaborativo e cooperativo, è bene evidenziare un'ulteriore differenza, che attiene all'ambito oggettivo di applicazione. Infatti, se l'esternalizzazione trova applicazione con riferimento ad attività di pubblico servizio, la sussidiarietà trova invece spazio a riguardo di attività d'interesse generale. Inoltre, l'esternalizzazione ha il compito di tutelare la libertà di iniziativa dei privati, ma non deve intraprendere la promozione o l'incentivazione di tale iniziativa, mentre tale obbligo grava sugli attori istituzionali territoriali nel caso della sussidiarietà orizzontale che devono offrire supporto e non integrare o sostituirsi all'autonoma iniziativa dei privati. Nell'esternalizzazione dei servizi pubblici, l'amministrazione pubblica assume, in base alla legge o a provvedimento amministrativo, un'attività che viene qualificata come di pubblico interesse sulla quale grava pertanto una responsabilità in termini di garanzia di soddisfazione in capo all'amministrazione medesima. In seguito nella fase di programmazione, ed in quella di gestione ed erogazione la pubblica amministrazione può scegliere di affidare tale servizio ai privati secondo principi di concorrenzialità, secondo uno schema giuridico di aggiudicazione riferibile all'appalto pubblico o alla concessione di servizi. Nella sussidiarietà orizzontale per contro il presupposto è radicalmente differente perché non si pone il tema dell'assunzione previa del servizio da parte dell'amministrazione che invece è chiamata, in base alla propria competenza

¹⁰⁰ C. Bassu, *Sussidiarietà versus servizi pubblici: la distinzione tra esternalizzazioni e fenomeni sussidiari*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, n. 4/2009, 1252 ss

territoriale di riferimento, la presenza esperienze o dinamiche singole o aggregate private, potenzialmente in grado autonomamente di rispondere ai bisogni collettivi. In quest'ultimo caso grava sull'amministrazione pubblica territoriale, un obbligo di favorire l'autonoma iniziativa che proviene dal tessuto sociale territoriale, attraverso meccanismi amministrativi diretti e indiretti di semplificazione, di supporto, di sostegno e incentivo anche economico. In sintesi la sussidiarietà orizzontale, rifiuta le ipotesi di amministrazione mediante delega *in toto* al privato, con l'eclissi o la scomparsa del soggetto pubblico, attraverso l'impiego di risorse esclusivamente in capo al soggetto privato, con un'integrazione verticale dei diversi soggetti rispetto all'attività medesima oggetto dell'affidamento, ma ammette e anzi presuppone un'integrazione relazionale tra azione della pubblica amministrazione, soprattutto in chiave programmatica degli standard e dei livelli *ex ante* e di controllo e verifica dei risultati conseguiti *ex post* e le autonome iniziative di gestione ed erogazione dei soggetti privati, chiamati a collaborare sinergicamente con gli attori pubblici territoriali, nel perseguimento di finalità di pubblico interesse¹⁰²³.

6.3. Sussidiarietà orizzontale e concorrenza: binomio leva per il rilancio del Partenariato Pubblico-Privato.

Il principio di sussidiarietà orizzontale così come enunciato a livello costituzionale e così come recepito nelle legislazioni statali e regionali e declinato nelle prassi attuative a livello amministrativo, trova una possibile relazione ed un accostamento con un altro principio quello di concorrenza, che ha assunto centralità nel nostro ordinamento grazie all'influenza esercitata dall'ordinamento europeo, che ne è diventato un attento difensore ed un fedele garante.

Proprio la concorrenza¹⁰²⁴, anch'essa costituzionalizzata con la riforma del Titolo V Parte II della Costituzione nel 2001, che ha attribuito, in maniera espressa, alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la "tutela della concorrenza" (art. 117, c. 2, lett. e)), individua una modalità d'essere

¹⁰²³ In questi termini D. Donati, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie, cit.*, 146 ss. che specifica come «(...) l'idea di una piena integrazione come chiave della norma (...) non fa che confermare l'idea che fin da subito abbiamo colto rispetto all'essenza della sussidiarietà orizzontale, e cioè che di fatto con essa si cerchi di mutare l'idea di una necessaria contrapposizione tra l'apparato pubblico e l'autonomia dei privati».

¹⁰²⁴ Sul principio di concorrenza si veda M. Libertini, G. Ferri, voce *Concorrenza*, in *Enc. giur.*, Annali III, Milano, 2010, 191 ss.

dell'iniziativa economica, che consiste nella fondamentale condizione di libertà e di parità di tutti gli operatori economici ad entrare su un medesimo mercato, attuale o potenziale offrendo beni e servizi idonei a soddisfare bisogni identici simili o complementari¹⁰²⁵. Nel nostro Paese le norme dedicate alla concorrenza inizialmente sono state poste in termini soggettivi, ovvero riferite perlopiù agli obblighi e doveri dell'imprenditore relativamente alla propria attività, mentre successivamente, sotto l'influsso determinante del diritto europeo, l'asse della disciplina nazionale della concorrenza si è sempre di più orientato verso un profilo oggettivo, più rivolto all'attività rispetto ai soggetti che svolgono la stessa¹⁰²⁶. Tutto ciò ha contribuito anche a favorire una rilettura complessiva degli art. 41 e 43 Cost.¹⁰²⁷ e ad avvallare il perseguimento della concorrenza sotto l'aspetto obiettivo della regolazione invece che sotto il contrasto di fenomeni distorsivi che si manifestavano nei diversi settore del mercato economico¹⁰²⁸.

La sussidiarietà e la concorrenza descrivono rispettivamente due modalità di affidamento o di risposta rispetto ai bisogni collettivi, che sottendono due approcci metodologici differenti e distinti, l'uno fondato sulla teoria dei quasi mercati e dei soggetti del terzo settore e l'altro imperniato sul ruolo strategico del mercato e delle imprese lucrative.

I modelli di intervento nella risposta ai bisogni collettivi, prima dell'avvento della sussidiarietà orizzontale erano risolti nel binomio Stato-mercato, ovvero nell'intervento pubblico diretto del potere amministrativo alla cura degli interessi pubblici e nell'area di intervento privato, demandato alla logica concorrenziale degli operatori economici del mercato. La sussidiarietà offre così una terza via in termini di risposta alle predette soluzioni prospettate. Il rapporto tra sussidiarietà e potere pubblico si inquadra nella determinazione dei criteri che presiedono e che giustificano la rilevanza pubblicistica di determinate attività, settori, e materie, per stabilire se dove è possibile in determinati ambiti attivare l'intervento sussidiante dei pubblici poteri a favore delle autonome iniziative dei privati. Il rapporto

¹⁰²⁵ Così R. Franceschelli, *Valore attuale del principio di concorrenza e funzione concorrenziale degli istituti del diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 1956, I, 66.

¹⁰²⁶ Si veda in dottrina G. Ferri, voce *Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, 532 che ha argomentato sulla differenza tra la nozione di concorrenza in senso soggettivo e concorrenza in senso oggettivo, in cui la prima fa riferimento al «regime nel quale è assicurata a ciascun soggetto la libertà di iniziativa economica» e la seconda è relativa al regime «in cui, essendo assicurata la presenza sul mercato di una pluralità di operatori economici, le condizioni di mercato non sono suscettibili di essere influenzate da uno qualsiasi di essi».

¹⁰²⁷ Si veda S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, cit., 7 ss.

¹⁰²⁸ G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, n.1/1992, 12 ss.

,invece, tra sussidiarietà e mercato, che in apparenza sarebbe precluso a causa dell'eterogeneità dei presupposti, in realtà può assestarsi all'interno di un'area di contatto rappresentata dalla relazione tra l'enunciato costituzionale sotteso alla concorrenza, ovvero l'art. 41 comma 1 Cost. ed il dettato che ha codificato il principio di sussidiarietà orizzontale, ovvero l'art. 118 comma 4 Cost., più in particolare tra la natura "economica" della libertà d'iniziativa enunciata nella prima disposizione e l'iniziativa "autonoma" prevista nella seconda.

La ragione di tale indagine si colloca nella consapevolezza in primo luogo che l'esclusione della finalità lucrativa che identifica sicuramente l'ambito concorrenziale non esclude *ex se* la collocazione all'interno dell'ambito sussidiario di un'attività di rilevanza economica, si pensi alle imprese in forma cooperativa e alla fattispecie dell'impresa sociale che non perseguono scopo lucrativo realizzando pur tuttavia al contempo un'attività economica. In secondo luogo, poi l'ambito proprio della sussidiarietà orizzontale non esclude a priori le imprese dal proprio novero e l'art. 41 Cost. che fonda la concorrenza, non assegna soltanto lo scopo lucrativo a chi decide di esercitare la libertà di iniziativa economica. L'attività economica libera cui fa riferimento l'art. 41 comma 1 Cost. è un concetto più circoscritto rispetto alle autonome iniziative d'interesse generale cui invece si riferisce espressamente e genericamente il comma 4 dell'art. 118 Cost. Pertanto, se come è stato ipotizzato in dottrina, l'iniziativa privata ricomprende anche la fattispecie dell'art. 41 comma 1 è possibile prospettare che l'attività generale oggetto di attività di incentivazione da parte dei poteri pubblici debba essere finalizzata a garantire anche il rispetto dei valori che sono espressi nei limiti entro i quali deve muoversi la libera iniziativa sul piano economico consacrati al comma 2 come l'utilità sociale e la sicurezza, libertà e dignità umana¹⁰²⁹. Una tendenza espressa dalla giurisprudenza amministrativa¹⁰³⁰, sulla

¹⁰²⁹ Di questo avviso è D. Donati, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie*, cit., 334.

¹⁰³⁰ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 16 giugno 2009, n. 3897 secondo cui anche «i soggetti economici senza scopo di lucro, quali le fondazioni, possono soddisfare i requisiti necessari per essere qualificati come operatori economici, attese la personalità giuridica che le fondazioni vantano e la loro capacità di esercitare anche attività di impresa, qualora funzionali ai loro scopi e sempre che quest'ultima possibilità trovi riscontro nella disciplina statutaria del singolo soggetto giuridico». Il Consiglio di Stato non ritenendo tassativa l'elencazione contenuta all'art. 34 comma 1 del d.lgs. n. 163/2006 Codice dei contratti pubblici, riconosce, nel caso di specie a favore di fondazioni di origine bancaria, che la nozione di operatore economico invalsa nel diritto europeo possa essere annoverato qualsiasi soggetto che svolge attività con metodo economico a prescindere dallo *status* giuridico e dalle modalità di finanziamento. In questo senso si veda C. giust. CE, 10 gennaio 2006, C-222/04; Id., 29 novembre 2007, C-119/06; Id., 1 luglio 2008, C-49/07. In senso conforme si

scorta dell'influenza determinante del diritto europeo, ha ammesso la commistione o comunque la concorrenza tra modelli sussidiari e modelli di mercato, con l'ammissione di soggetti privati *non profit* alla partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica in condizione di assoluta parità a fianco di operatori economici che sono imprese a tutti gli effetti. Più di recente alla luce del rinnovato quadro in materia di appalti pubblici e concessioni, è possibile rilevare che il legislatore europeo ha dimostrato interesse a legiferare sul rapporto tra soggetti *non profit*, che rappresentano il modello sussidiario per definizione, e mercato con riferimento all'aggiudicazione di contratti pubblici, manifestando un *favor* per gli enti del terzo settore con la previsione di cui all'art. 77 della direttiva 2014/24/UE, secondo cui gli Stati membri possono prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici riservino a determinate organizzazioni, ovvero quelle del terzo settore che soddisfino i requisiti previsti dalla disposizione¹⁰³¹ il diritto di partecipare alla procedure di appalti pubblici relative a determinati specifici servizi (tra i servizi sanitari, sociali e culturali). Tale previsione come ha osservato anche parte della dottrina¹⁰³², segnala un riconoscimento complessivo di un nuovo spazio a favore degli operatori economici del terzo settore nel contesto degli appalti pubblici come dimostrano le novità introdotte in ordine ai criteri di scelta e di aggiudicazione o all'ampliamento dell'ambito di applicazione della norma in materia di appalti riservati, di cui all'art. 20 della medesima direttiva segno di un inequivocabile apertura alle imprese sociali anche al di fuori dei tradizionali confini del settore sanitario, sociale e culturale. Davanti a tale apertura manifestata in sede europea, tuttavia, il legislatore italiano pare essersi dimostrato abbastanza diffidente, limitandosi a recepire quanto ha previsto la direttiva in commento, ma con una grave omissione ovvero mancando ogni riferimento ad uno degli aspetti più significativi della stessa direttiva, quello riguardante i criteri

veda AVCP, 18 aprile 2007, n. 119; 23 aprile 2008, n. 127, 27 maggio 2010, n. 101 e 20 ottobre 2011, n. 28.

¹⁰³¹ Cfr. art. 77 Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici «(...) 2. a) il suo obiettivo è il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi di cui al paragrafo 1; b) i profitti sono reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione. Se i profitti sono distribuiti o redistribuiti, ciò dovrebbe basarsi su considerazioni partecipative; c) le strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che esegue l'appalto sono basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati; d) l'amministrazione aggiudicatrice interessata non ha aggiudicato all'organizzazione un appalto per i servizi in questione a norma del presente articolo negli ultimi tre anni. 3. La durata massima del contratto non supera i tre anni (...)»

¹⁰³² Così E. Bani, *Il Codice dei contratti pubblici tra Stato, mercato e non profit*, in A. Fioritto (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico-privato*, Torino, 2017, 252 ss.

con cui le amministrazioni procedono all'aggiudicazione che sono contenuti all'art. 76 par. 2 della medesima direttiva¹⁰³³. Nel nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni, di cui al d.lgs. n. 50/2016 si limita soltanto prevede all'art. 95 che l'aggiudicazione debba avvenire avvalendosi del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che consiste nel miglior rapporto qualità-prezzo. E' evidente che talune lacune normative del Codice dovranno essere colmate da un intervento legislativo che tenga in debito conto della legge delega in materia di Terzo settore (l. n. 106/2016) che ha ricevuto finalmente attuazione con la decretazione delegata. Nelle more di tale intervento l'ANAC ha provveduto nel 2016 ad emanare apposite linee guida per regolare i rapporti tra soggetti pubblici e soggetti *non profit*, cercando di sviluppare un'analisi ad ampio spettro che riguarda non solo le relazioni contrattuali, ma anche i temi dell'autorizzazione e dell'accreditamento e le problematiche inerenti all'erogazione dei contributi¹⁰³⁴.

La libertà d'iniziativa economica sia essa pubblica o privata, secondo l'art. 41 comma 3 Cost. deve però essere coordinata e finalizzata all'utilità sociale e qui si trova un punto di reale comunanza e convergenza con l'ultimo comma dell'art. 118 Cost., che presuppone la necessaria rilevanza dell'interesse generale nelle iniziative autonome che promanano dal tessuto sociale e che per questo devono essere valorizzate dal pubblico potere secondo appunto una logica di sussidiarietà, in cui il pubblico dovrebbe attivarsi in prima persona, soltanto laddove le iniziative dei privati non siano sufficientemente idonee a rispondere adeguatamente ai bisogni collettivi.

Questi ultimi si esprimono in particolare in determinati ambiti, primo fra tutti il settore dei servizi alla persona, che annovera comparti, soggetti al venire meno delle condizioni di mercato, e quindi a situazioni di fallimento del medesimo inducendo il potere pubblico per motivi legati all'utilità generale a preferire meccanismi di prestazione lontani dalle logiche strette de mercato nel rispetto dei principi stabiliti a livello europeo. L'interesse pubblico all'erogazione di un servizio in determinati ambiti, in condizioni di accessibilità, permette di

¹⁰³³ D. Caldirola, *Servizi sociali, riforma del Terzo settore e nuova disciplina degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 3-4, 2016, 733 secondo il quale tali criteri sono proprio quelli finalizzati a «(...) premiare non solo la qualità dei servizi, ma anche a valorizzare le diversità dei soggetti che compongono il terzo settore, con particolare riferimento alla capacità degli stessi di offrire adeguate risposte ai destinatari delle prestazioni, tra i quali devono ricevere particolare considerazione i gruppi vulnerabili e svantaggiati»

valorizzare il ruolo svolto da una pluralità di soggetti privati, che se adeguatamente sostenuti e messi in condizioni di operare possono offrire il servizio richiesto in modo efficace e alle condizioni di accessibilità richieste, consentendo al soggetto pubblico di risparmiare spese per impianto e avviamento di strutture pubbliche in quel settore. La valorizzazione dei soggetti privati, secondo il principio di sussidiarietà orizzontale, produce effetti sinergici rispetto alla promozione del mercato nelle stesse aree. Nel caso in cui il potere pubblico sia impossibilitato o non ritenga per motivi di utilità sociale di creare le condizioni per un reale mercato, favorisce il protagonismo degli attori privati secondo il principio di sussidiarietà, mentre nelle altre ipotesi tale pluralismo rappresenta in ogni caso una fase necessaria ed un presupposto necessario alla formazione stessa del mercato. La sussidiarietà si colloca pertanto nel contesto di riduzione del ruolo del pubblico nella misura in cui l'attività o il servizio vengano sufficientemente ed adeguatamente offerti dai soggetti privati, mediante appositi strumenti quali ad esempio le convenzioni¹⁰³⁵, secondo criteri di efficacia ed efficienza ed altresì in ossequio agli interessi di pubblica rilevanza, previamente stabiliti dal pubblico potere. Il movimento verso la sussidiarietà orizzontale acquisisce pertanto una dimensione dinamica e sinergia con il corrispettivo movimento verso la concorrenza, rivelando che nei settori di mercato in cui è possibile instaurare regimi concorrenziali la promozione di assetti sussidiari costituisce una fase preliminare significativa e determinante¹⁰³⁶.

In quest'ottica la sussidiarietà può svolgere un ruolo essenziale in termini di risparmio di risorse economiche, fondato sull'apporto di capitale privato, come ha ribadito anche il Consiglio di Stato quando ha sostenuto che con essa «si da attuazione ad un principio economico (...), nel senso che appare meno necessario impiegare risorse pubbliche là dove operano, o sono in grado di operare, i privati, mediante il ricorso a forme di autofinanziamento e/o incremento delle risorse che provengono dall'apporto disinteressato dei singoli»¹⁰³⁷. Una conferma

¹⁰³⁴ Cfr. ANAC, *Determinazione Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali*, delibera n. 32 del 20 gennaio 2016, in www.anticorruzione.it

¹⁰³⁵ Cfr. C. giust. UE, 26 gennaio 2016, C-50/14, in cui riconoscendo il principio di sussidiarietà orizzontale, ha ritenuto legittime, e dunque non contrastanti con il diritto europeo, le convenzioni tra associazioni di volontariato e pubbliche amministrazioni, stipulate in modo diretto e senza previa procedura ad evidenza pubblica, in quanto nel caso di specie il contributo del volontariato alla realizzazione di un servizio di interesse generale, è coerente con i principi di universalità, solidarietà e con ragioni di efficienza economica e adeguatezza.

¹⁰³⁶ P. De Carli, *Aspetti della sussidiarietà e revisione del Titolo V Parte II della Costituzione*, cit., 345 ss.

¹⁰³⁷ Cfr. Cons. St., Sez. cons. atti normativi, 1° luglio 2002, n. 1354.

dell'operatività e dell'inerenza del principio di sussidiarietà orizzontale quale strumento di promozione e di crescita economica, è stato riconosciuto a livello legislativo attraverso l'art. 2 comma 1 della l. 11 novembre 2011, n. 180 rubricata "Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese", che prevede tra i principi ispiratori «a) la libertà di iniziativa economica, di associazione, di modello societario, di stabilimento e di prestazione di servizi, nonché di concorrenza, quali principi riconosciuti dall'Unione europea; b) la sussidiarietà orizzontale quale principio informatore delle politiche pubbliche, anche con riferimento alla creazione d'impresa (...)». In un quadro di difficile armonizzazione del diritto al benessere, attesi i vincoli di bilancio imposti alle amministrazioni pubbliche, è possibile invocare una visione bidirezionale del principio di sussidiarietà orizzontale, declinandolo in modo diverso rispetto al passato al fine di consentire non solo l'invasione del pubblico nell'ambito del mercato e dei servizi ma anche un utilizzo delle risorse private per supplire alle necessità proprie del diritto al benessere all'interno della cornice dei vincoli di bilancio assegnati¹⁰³⁸. La sussidiarietà orizzontale nell'interazione con la concorrenza, oltre a migliorare le condizioni di accessibilità al mercato da parte dei destinatari delle attività e dei servizi, può diventare un binomio vincente sul quale fare leva per ripensare i paradigmi di azione dei poteri pubblici, con riferimento in particolare allo sviluppo del PPP, che si fonda sulla collaborazione integrata tra pubblico-privato e sulla razionale allocazione delle responsabilità.

¹⁰³⁸ Così A. Carullo, *L'Amministrazione per servizi e il principio di sussidiarietà orizzontale*, in A. Morrone (a cura di), *La costituzione finanziaria*, Torino, 2015, 115

CONCLUSIONI

A conclusione della presente trattazione è possibile prospettare qualche conclusione in ordine al complesso di argomentazioni offerte a riguardo delle origini, dello sviluppo e dello stato dell'arte del PPP sia nel diritto europeo sia nel diritto interno, anche e soprattutto per cogliere e fare luce sul possibile rapporto tra questo istituto giuridico ed il principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118 comma 4, che ne rappresenta un valido e sicuro ancoraggio e che ne descrive le dinamiche relazionali costitutive. Ciò anche e soprattutto per delineare l'attualità e la rilevanza di tale possibile interazione che può assumere alla luce del nuovo contesto economico-normativo un valore significativo e strategico per garantire lo sviluppo dei territori nei tempi odierni di crisi economica.

Con riguardo al diritto europeo, è possibile registrare che, nel lungo cammino che ha compiuto il PPP dal Libro Verde del 2004 fino alle direttive in materia di appalti e concessioni del 2014, in particolare dalla novità giuridica rappresentata dalla direttiva 2014/23/UE in materia di concessioni, l'istituto giuridico continua a rimandare complessivamente ad una nozione di carattere descrittivo, non individuando una precisa fattispecie giuridica, e non disciplinando in veste unitaria l'istituto, salvo poi però nella direttiva citata in materia di concessioni tratteggiare un profilo definitorio della concessione che rappresenta un sicuro ancoraggio all'identificazione del PPP. In sostanza l'architettura normativa innovativa dei contratti di concessione e di PPP secondo la visione europea risiede nella previsione di cui all'art. 5 della direttiva citata, fondata sul trasferimento al privato del rischio operativo. Nel diritto interno il recepimento della normativa europea in materia di appalti pubblici e concessioni, avvenuto con il d.lgs. n. 50/2106, ha individuato con maggiore precisione la categoria giuridica contrattuale del PPP, fornendo un elenco, non esaustivo né tipizzato dei contratti di PPP. Il concetto di rischio così come recepito nel Codice rispettivamente dal lato della domanda e dal lato dell'offerta, ha determinato la configurazione da un lato dei contratti di concessione, contraddistinti dal rischio della domanda o di

mercato, la cui remunerazione deriva al concessionario dai pagamenti degli utenti fruitori dell'opera o del servizio, e dall'altro dei contratti di PPP, caratterizzati dal rischio di disponibilità, ma anche da quello di domanda, la cui remunerazione deriva dall'amministrazione pubblica. Per quanto riguarda le società miste, quale modello collaborativo pubblico privato, al di là del dibattito dottrinale se esse sia manifestazione di PPP istituzionale o piuttosto espressione di una modalità di esternalizzazione, rappresenta ancora un modello valido e attuale di affidamento dei servizi pubblici che si colloca tra il ricorso a soggetti terzi nel mercato e l'affidamento diretto a società *in house*, anche alla luce della disciplina del T.U. in materia di società a partecipazione pubblica, e sul presupposto riaffermato dal Codice dei contratti pubblici e delle concessioni che prescrive l'obbligatorietà della gara a doppio oggetto per la scelta del socio privato e l'affidamento dei compiti operativi a quest'ultimo.

Nel contesto attuale di crisi, caratterizzato dalla significativa contrazione della spesa per investimenti pubblici da parte delle amministrazioni, soprattutto quelle locali, il ricorso al modello di PPP nelle sue diverse declinazioni, e dunque il coinvolgimento del capitale privato può dimostrarsi strumento idoneo ad affrontare e superare l'endemico e più che mai urgente problema legato al rilancio degli investimenti pubblici, nonché mantenimento e all'implementazione degli *standard* qualitativi e funzionali delle infrastrutture e dei servizi pubblici, operando in coerenza nel rispetto dei vincoli di contabilizzazione pubblici, con operazioni *off balance*.

L'allineamento del complesso di regole nel diritto interno alle disposizioni europee, avvenuto con l'approvazione della l. cost. n. 1/2012 cui è seguita la relativa attuazione a mezzo della l. n. 243/2012, che delinea i tratti fondamentali del principio del pareggio di bilancio strutturale sancito a livello costituzionale, ha ridefinito gli obblighi in capo alle amministrazioni pubbliche, riscrivendo l'art. 97 Cost. che recepisce unitamente alla contestuale revisione dell'art. 81 Cost., ed alle modificazioni apportate agli art. 117 e 119 Cost., alle indicazioni di cui al Titolo III, «Patto di Bilancio» del Trattato Europeo «*sulla Stabilità, sul Coordinamento e sulla Governance nell'Unione Economica e Monetaria*» (c.d. «*Fiscal Compact*») del 2 marzo 2012. Il nuovo art. 97, accanto ai vincoli dell'imparzialità e del buon

andamento prevede anche l'obbligo di perseguire il principio di equilibrio di bilancio e di sostenibilità del debito che devono essere rispettate in coerenza con l'ordinamento europeo e assurgono a criteri propri dell'organizzazione e dell'attività delle amministrazioni pubbliche. I nuovi vincoli di finanza pubblica, unitamente alla crisi economica, hanno inciso significativamente sul capitolo degli investimenti pubblici, soprattutto delle amministrazioni locali, maggiormente prossime ai cittadini. La discrezionalità amministrativa degli enti locali, condizionata da un lato sotto il profilo del limite dell'equilibrio di bilancio e dall'altro sotto quello ricorso all'indebitamento nell'ambito di un *trend* legislativo caratterizzato dalla *spending review* si ritrova inevitabilmente a dover inquadrare quali strumenti giuridici possono consentire un'armonizzazione tra i vincoli pubblici e le esigenze di investimento pubblico che pure le stesse amministrazioni devono istituzionalmente soddisfare a beneficio della comunità.

Il PPP presuppone che la pubblica amministrazione ed i soggetti privati dialoghino alla pari, perciò implica necessariamente un ripensamento dei paradigmi tradizionali dell'agire pubblico, soprattutto sul piano funzionale e più in generale esige una modernizzazione dell'apparato amministrativo in termini sia organizzativo che di competenza per la complessità crescente a livello giuridico e a livello di interdisciplinarietà con altre materie, innanzitutto quella economica che richiedono le operazioni di PPP. Finora i problemi maggiori che hanno ostacolato la diffusione del PPP in Italia, sono anche in parte dovuti a questioni inerenti i profili di *governance* del fenomeno, che richiede un *commitment* pubblico forte a tutti i livelli in grado individuare gli interventi sostenibili sia dal punto di vista della fattibilità sia della redditività. A ciò si è cercato di dare risposta con le recenti riforme, a partire dal Codice dei contratti pubblici e le linee guida adottate dall'ANAC in materia. Occorre pertanto, da un lato fare proprie le indicazioni dell'OCSE, implementando il ruolo e le funzioni in materia di PPP del Dipartimento per la programmazione ed il coordinamento della politica economica (DIPE) a cui sono state trasferite le funzioni prima svolte dall'Unità Tecnica per la Finanza di Progetto (UTFP) che è stata soppressa. E' fondamentale che le azioni che si decideranno in sede legislativa di intraprendere siano orientate a scongiurare che il PPP rimanga uno strumento di mera surrogazione finanziaria utilizzato esclusivamente per eludere i vincoli di finanza pubblica, e dirette al contempo a rafforzare la visione che vede il PPP quale occasione per ottimizzare i processi di realizzazione delle infrastrutture e di gestione dei servizi pubblici.

In questo contesto il principio di sussidiarietà orizzontale può realmente evolvere da mero principio cristallizzato nell'ordinamento, a modello propulsivo per il rilancio del PPP, perché in primo luogo implica non appena una collaborazione formale, bensì una stretta integrazione tra pubblico e privato secondo intensità non rigide ma flessibili e modulate in funzione del perseguimento dell'interesse generale. In secondo luogo l'attuazione di tale principio letto in combinato disposto con i nuovi vincoli economico-finanziari, imposti alla discrezionalità dell'attività pubblicistica dei pubblici poteri, è in grado di incidere in via diretta e immediata sulla modalità di esercizio delle funzioni ed i compiti pubblici, al fine di rispondere ai bisogni dei territori in tempi di crisi. Tale assetto è funzionale ad assicurare, come ha ricordato il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema lo schema di linee guida predisposto da ANAC, recanti "Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato", la promozione di «un significativo rinnovamento della pubblica amministrazione attraverso l'acquisizione di specifiche conoscenze tecniche e scientifiche, proprie delle realtà private, capaci di fornire nuovi e innovativi strumenti per rendere l'azione amministrativa sempre maggiormente coerente con i principi di imparzialità e buon andamento predicati dall'art. 97 della Costituzione».

Bibliografia

- AA.VV, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017;
- AA.VV, in A. Brugnoli, G. Vittadini (a cura di), *La sussidiarietà in Lombardia. I soggetti, le esperienze, le policy*, IReR - Istituto Regionale di Ricerca della Lombardia, Milano, 2008.
- AA.VV, in A. Ferrucci, C. Ferrentini (a cura di), *Successioni e donazioni*, Milano, 2009;
- AA.VV, in A. Fici, D. Galletti (a cura di), *Commentario al decreto sull'impresa sociale*, Torino, 2007.
- AA.VV, in A. Fioritto (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico-privato*, Torino, 2017;
- AA.VV, in A. Pioggia, M. Dugato, G.M. Racca, S. Civitarese Matteucci (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del servizio sanitario*, Milano, 2008;
- AA.VV, in A. Rinella, L. Coen, R. Scarciglia (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999;
- AA.VV, in B. Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, 2013;
- AA.VV, in C. Barbati, M. Cammelli, G. Sciullo (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011;
- AA.VV, in C. Gori (a cura di), *Come cambia il welfare lombardo*, Rimini, 2011;
- AA.VV, in C. Mignogne, G. Pericu, F.A. Roversi Monaco (a cura di), *Le esternalizzazioni*, Bologna, 2007;
- AA.VV, in D. Donati e A. Paci (a cura di), *Sussidiarietà e concorrenza*, Bologna, 2010;
- AA.VV, in F. A. Roversi Monaco (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini, 2000;
- AA.VV, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove Direttive europee e del D.l. 90 del 2014*, Torino, 2014;

- AA.VV, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2017;
- AA.VV, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico – privato e l’ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011;
- AA.VV, in F. Russolillo (a cura di), *Storia dell'IRI. 5. Un Gruppo singolare. Settori, bilanci, presenza nell'economia italiana*, Roma-Bari, 2015;
- AA.VV, in G. Berti (a cura di), *Rapporti associativi tra amministrazioni pubbliche e imprese*, Bologna, 1994;
- AA.VV, in G. Carabelli, C. Facchini (a cura di), *Il modello lombardo di Welfare*, Milano, 2011;
- AA.VV, in G. Cerrina Feroni, M. Livi Bacci, A. Petretto (a cura di) *Pubblico e privato nel sistema di welfare*, Fondazione CESIFIN Alberto Predieri, Firenze, 2017;
- AA.VV, in G. Cerroni Feroni, *Il partenariato pubblico-privato: modelli e strumenti*, Torino, 2011;
- AA.VV, in G. Clemente di San Luca (a cura di), *Tutela, promozione e libertà dell’arte in Italia e negli Stati Uniti*, Milano, 1990;
- AA.VV, in G. Toniolo, (a cura di), *Industria e banca nella grande crisi (1929-1934)*, Milano, 1978;
- AA.VV, in G. Vittadini (a cura di), *L’università possibile. Note a margine della riforma*, Milano, 2012;
- AA.VV, in G.F. Cartei e M. Ricchi (a cura di), *Finanza di progetto e partenariato pubblico privato. Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015;
- AA.VV, in G.F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, Napoli, 2010;
- AA.VV, in J. Le Grand, W. Bartlett (a cura di), *Quasi-Market and Social Policy*, London, 1993;

- AA.VV, in L. Torchia., E. Chiti, R. Perez, A. Sandulli, (a cura di), *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Napoli, 2008;
- AA.VV, in L. Violini (a cura di), *L'attuazione della sussidiarietà orizzontale in Lombardia. I lavori dell'Osservatorio sulla riforma amministrativa e sul Federalismo 2001-2003*, CRISP - Centro di Ricerca Interuniversitario per i servizi di pubblica utilità, IReR - Istituto Regionale di Ricerca della Lombardia, Regione Lombardia, Milano, 2004;
- AA.VV, in M. Cammelli, M. Dugato (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008;
- AA.VV, in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino, 2004;
- AA.VV, in M. Nicolai, W. Tortorella (a cura di), *Partenariato Pubblico Privato e Project Finance. Come uscire dalla crisi*, Rimini, 2015;
- AA.VV, in M. Nicolai, W. Tortorella (a cura di), *Partenariato pubblico-privato e project finance : la disciplina, la giurisprudenza, la finanza e gli aspetti contabili : le concessioni di lavoro e di servizi*, Rimini, 2016;
- AA.VV, in R. Balduzzi, G. Di Gaspare (a cura di), *L'aziendalizzazione nel d.lgs. n. 229/1999*, Milano, 2001;
- AA.VV, in R. Della Longa, E. Pintus (a cura di), *I lavori pubblici e la riforma*, Milano, 2000;
- AA.VV, in R. Garofoli, M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, Giuffrè, 2005;
- AA.VV, in S. Belardinelli (a cura di), *Welfare community e sussidiarietà*, Milano, 2005;
- AA.VV, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, II ed., IV vol., Milano, 2003;
- AA.VV, in S. Regourd, L. Rapp (dir.), *Du contrat de partenariat au marché de partenariat*, Bruxelles, 2016;
- AA.VV, in U. Ascoli, S. Pasquinelli (a cura di), *Il welfare mix. Stato sociale e terzo settore*, Milano, 1993;

- AA.VV., in V. Italia, C. Bassani (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti (legge 7 agosto 1990, n. 241)*, Milano, 1991;
- AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005;
- AA.VV., *Il codice dei contratti pubblici, commento al d. l. 12 aprile 2006, n. 163*, Napoli, 2007;
- AA.VV., *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017;
- AA.VV., *Evaluation du recours au contrat de partenariat dans le domaine routier. Etude technique, juridique et financière*, Parigi, 2005;
- AA.VV., *Il pluralismo sociale nello stato democratico*, Atti del corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica, Ferrara, 7-12 settembre 1980, Milano, 1980;
- AA.VV., in G. Cerrina Feroni (a cura di), *Fondazioni e banche. Modelli ed esperienze in Europa e negli Stati Uniti*, Torino, 2011;
- AA.VV., in A. Cervati, S. Panunzio, P. Ridola (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, 2001;
- AA.VV., in A. Morrone (a cura di), *La costituzione finanziaria*, Torino, 2015;
- AA.VV., in A. Rinella, L. Coen, R. Scarciglia (a cura di), *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999;
- AA.VV., in A. Scialoja, G. Branca (a cura di), *Commentario del codice civile*, Bologna, 1976;
- AA.VV., in Associazione dei Costituzionalisti (a cura di), *La riforma costituzionale*, Padova, 1999;
- AA.VV., in C. Barbati, M. Cammelli, G. Sciullo (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011;
- AA.VV., in C. Bottari (a cura di), *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, Torino, 2013;
- AA.VV., in C. Contessa, D. Crocco (a cura di), *Codice degli appalti e delle concessioni. Il Dlgs 50/2016 commentato articolo per articolo*, Roma, 2017;

- AA.VV., in C. De Vincenti, R. Finocchi Ghersi, A. Tardiola (a cura di), *La sanità in Italia, Organizzazione, governo, regolazione, mercato*, Bologna, 2010;
- AA.VV., in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione, Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, E Gabrielli, Torino, 2007;
- AA.VV., in C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni (a cura di), *Le società “pubbliche”*, Torino, 2011;
- AA.VV., in C. Magnani (a cura di), *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, Torino, 2007;
- AA.VV., in D. Donati e A. Paci (a cura di), *Sussidiarietà e concorrenza*, Bologna, 2010;
- AA.VV., in E. Anessi Pessina, E. Cantù (a cura di), *L'aziendalizzazione della sanità in Italia: rapporto OASI 2010*, Milano, 2010.
- AA.VV., in E. Ferrari e B. Sordi (a cura di), *Scritti giuridici scelti*, Napoli, 1992;
- AA.VV., in E. Picozza, A. Police (a cura di), *Competizione e governance del sistema universitario*, Torino, 2013;
- AA.VV., in F. A. Roversi Monaco (a cura di), *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini, 2000;
- AA.VV., in F. Bassanini e G. Tiberi (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010;
- AA.VV., in F. Bassanini, G. Tiberi (a cura di), *La Costituzione europea. Un primo commento*, Bologna, 2004;
- AA.VV., in F. Caringella, M. Giustiniani (diretto da), *Manuale dei contratti pubblici*, Roma, 2015;
- AA.VV., in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010;
- AA.VV., in F. Lichère F, (dir.), *Partenariats public-privés: Rapports du XVIII congrès de l'académie internationale de droit comparé*, Bruxelles, 2011;

- AA.VV., in F. Maino e M. Ferrera (a cura di), *Secondo Rapporto sul secondo welfare in Italia*, Torino, 2015;
- AA.VV., in F. Mastragostino (a cura di), *Tipicità e atipicità nei contratti pubblici*, Bologna, 2007;
- AA.VV., in F. Merloni (a cura di), *Il Ministero e l'autonomia delle università e della ricerca*, Bologna, 1989;
- AA.VV., in F. Roversi Monaco (a cura di), *La concessione di servizi*, Rimini, 1988;
- AA.VV., in F. Trimarchi Banfi (a cura di), *Le società miste per i servizi pubblici locali*, Milano, 1999;
- AA.VV., in F.A. Roversi Monaco (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, Bologna, 2013;
- AA.VV., in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2013;
- AA.VV., in G. Amato-A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico. L'azione dei poteri pubblici*, Bologna, 1997;
- AA.VV., in G. Arena, G. Cotturri (a cura di), *Il valore aggiunto*, Roma, 2010;
- AA.VV., in G. Barbagallo, E. Follieri, G. Vettori (a cura di), *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione e la disciplina generale del contratto*, Napoli, 1995;
- AA.VV., in G. Bonilini (diretto da), *Trattato delle successioni e delle donazioni*, Milano, 2009;
- AA.VV., in G. Bonilini, M. Confortini (diretto da), *Codice degli appalti pubblici*, Torino, 2014;
- AA.VV., in G. Bottino, A. Botto, M. Cafagno, G. Fidone (a cura di), *Negoziazioni pubbliche: scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013;
- AA.VV., in G. Capano, E. Gualmini (a cura di), *La pubblica amministrazione in Italia*, Bologna, 2006;
- AA.VV., in G. Cerrina Feroni (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato, Modelli e strumenti*, Torino, 2011;

- AA.VV., in G. Colombini (a cura di), *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università*, Napoli, 2013;
- AA.VV., in G. Corso e V. Lopilato (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Milano, 2006;
- AA.VV., in G. Della Cananea, M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006;
- AA.VV., in G. F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di Progetto e PPP: temi europei, istituti nazionali e operatività*, Napoli, 2015;
- AA.VV., in G. Falcon (a cura di), *Lo Stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel decreto legislativo n. 112 del 1998*, Bologna, 1998;
- AA.VV., in G. France (a cura di), *Politiche sanitarie in un sistema di governo decentrato*, Milano, 1999;
- AA.VV., in G. Morbidelli, A. Bartolini (a cura di), *L'immateriale economico nei beni culturali*, Torino, 2016;
- AA.VV., in G. Napolitano (a cura di), *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, Bologna, 2012;
- AA.VV., in G. Pericu, A. Romano, V. Spagnuolo Vigorita (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995;
- AA.VV., in G. Piperata (a cura di), *L'università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, Napoli, 2014;
- AA.VV., in G. Trotta, G. Caia, N. Aicardi (a cura di), *Le nuove leggi civili commentate - Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lg. 22 gennaio 2004, n. 42)*, Padova, 2005;
- AA.VV., in G. Vittadini (a cura di), *Liberi di scegliere. Dal welfare state alla welfare society*, Milano, 2002;
- AA.VV., in G. Vittadini (a cura di), *Sussidiarietà. La riforma possibile*, Milano, 1998;
- AA.VV., in G.F. Ferrari, F. Fracchia (a cura di), *Project financing e opere pubbliche. Problemi e prospettive alla luce delle recenti riforme*, Milano 2004;
- AA.VV., in G.F. Ferrari, G. Morbidelli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2013;

- AA.VV., in Giusti M. (a cura di) *Diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1997;
- AA.VV., in J.B. Auby (dir), *Les collectivités locale et le droit: les mutations actuelles*, Paris Cedex, 2001.
- AA.VV., in L. Ammannati, M.A. Cabiddu, P. De Carli (a cura di), *Servizi pubblici concorrenza e diritti*, Milano, 2001;
- AA.VV., in L. Degrassi (a cura di), *La ricerca scientifica tra stato e mercato. Ipotesi di collaborazione*, Napoli, 2014;
- AA.VV., in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi*, Firenze, 2016;
- AA.VV., in L. Fiorentino, B.G. Mattarella (a cura di), *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2007;
- AA.VV., in L. Mazzaroli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco e F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005;
- AA.VV., in L. Melica, L. Mezzetti, V. Piergigli (a cura di), *Studi in onore di Giuseppe De Vergottini*, Padova, 2015.
- AA.VV., in L. Ventura (a cura di), *Autonomia e sussidiarietà vicende e paradossi di una riforma infinita*, Torino, 2004;
- AA.VV., in M. Cammelli (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007;
- AA.VV., in M. Campedelli, P. Carozza, E. Rossi (a cura di), *Il nuovo welfare toscano: un modello? La sanità che cambia e le prospettive future*, Bologna, 2009;
- AA.VV., in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010;
- AA.VV., in M. Corradino, S. Sticchi Damiani (a cura di), *I nuovi appalti pubblici. Commento al D.Lgs 18 aprile 2016, n. 50*, Milano, 2017;
- AA.VV., in M. Decaro (a cura di), *Dalla Strategia di Lisbona a Europa 2020. Fra governance e government dell'Unione europea*, Fondazione Adriano Olivetti, Roma, 2011;

- AA.VV., in M. Dugato, F. Mastragostino (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bologna, 2014;
- AA.VV., in M. Immordino, A. Police, (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati. Atti del Convegno. Palermo 27-28 febbraio 2003*, Torino, 2004;
- AA.VV., in M. Mulazzani (a cura di), *L'armonizzazione contabile delle Regioni, degli Enti locali e dei loro organismi*, Rimini, 2016;
- AA.VV., in M. P. Chiti (a cura di) *Il partenariato pubblico privato. Concessioni. Finanza di progetto. Società miste. Fondazioni*, Napoli, 2009;
- AA.VV., in M. Renna e F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012;
- AA.VV., in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012;
- AA.VV., in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011;
- AA.VV., in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, 2008;
- AA.VV., in M.P. Chiti (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato: profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bologna, 2005;
- AA.VV., in M.P. Chiti e M. Greco (diretto da) , *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007;
- AA.VV., in M.V. De Giorgi (a cura di), *La nuova disciplina dell'impresa sociale*, Padova, 2007;
- AA.VV., in N. Longobardi (a cura di), *Il diritto amministrativo in trasformazione*, Torino, 2016;
- AA.VV., in P. Bilancia (a cura di), *Modelli innovativi di governance territoriale*, Milano, 2011;
- AA.VV., in R. Alfani (a cura di), *Banca e società nell'Italia contemporanea: il caso dell'IMI*, Bari, 1977;
- AA.VV., in R. Balduzzi, G. Di Gaspare (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Milano, 2002.

- AA.VV., in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario della Costituzione*, 2006;
- AA.VV., in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2012;
- AA.VV., in R. Garofoli, G. Ferrari (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Roma, 2017;
- AA.VV., in R. Garofoli, M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005;
- AA.VV., in R. Tamiozzo (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio. Decreto legislativo 22 gennaio 2004. n. 42*, Milano, 2005;
- AA.VV., in R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli, G. Sala (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014;
- AA.VV., in R. Vitolo (a cura di), *Le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, Napoli, 2016;
- AA.VV., in S. Cassese - C. Franchini (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Bologna, 1994;
- AA.VV., in S. Cassese (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012;
- AA.VV., in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2012;
- AA.VV., in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003;
- AA.VV., in S. Gambino (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, 2015;
- AA.VV., in S. Raimondi, R. Ursi (a cura di), *Fondazioni e attività amministrativa*, Torino, 2006;
- AA.VV., in T.S. Musumeci (a cura di), *La cultura ai privati. Il partenariato pubblico privato (sponsorizzazioni e project financing) ed altre iniziative*, Torino, 2012;
- AA.VV., in V. Cerulli Irelli, G. Morbidelli (a cura di), *Ente pubblico ed enti pubblici*, Torino, 1994;

- AA.VV., in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1920;
- AA.VV., *Le contrats de partenariat publics/privés. Presentation des aspects juridiques, fiscaux et financiers*, Parigi, 2006;
- AA.VV., *Problemi del federalismo*, Milano, 2001;
- AA.VV., *Regionalismo, federalismo, welfare state*, Atti del convegno, Roma, 9-10 maggio 1996, Milano, 1997;
- AA.VV., *Scritti giuridici*, Milano, 1996;
- AA.VV., *Scritti in onore di A.C. Jemolo*, Milano, 2004;
- AA.VV., *Scritti in onore di Fausto Cuocolo*, Milano, 2005;
- AA.VV., *Scritti in onore di Guido Carli*, Milano, 1995;
- AA.VV., *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994;
- AA.VV., *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli, 2007;
- AA.VV., *Scritti per Mario Nigro*, Milano, 1991;

- AA.VV., *Studi in onore di V. Ottaviano*, Milano, 1993;
- AAA.VV., in C. Franchini e F. Sciaudone (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni, elementi di criticità e opportunità*, Napoli, 2015;
- AAA.VV., In M.P. Chiti (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2006;
- AAVV., *Scritti giuridici*, Milano, 1987;
- Abrescia M., *Il principio costituzionale di sussidiarietà*, Bologna, 2005;
- Acocella C., Liguori F., *Questioni (vere e false) in tema di società miste e in house dopo la pronuncia della Plenaria*, in *Foro amm. CDS*, 3, 2008, 786 ss.
- Ainis M., Fiorillo M., *L'ordinamento della cultura*, Milano, 2015.
- Albanese A., *L'affidamento dei servizi socio-sanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Corte di Giustizia manda un monito agli enti pubblici italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n.6/2008, 1453 ss.;

- Alberti C., *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 3-4/2001, 495 ss;
- Albisinni F.G., *I contratti pubblici concernenti i beni culturali*, in *Giorn. dir. amm.*, n.4/2016, 510 ss.
- Allegretti U., *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965;
- Alpa G., Carullo A, Clarizia A., *Le S.p.A. comunali e la gestione dei servizi pubblici*, Milano, 1998;
- Althusius J., *Politica Methodice Digesta (1603-1614)*, Napoli, 1980.
- Amato G., *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, n.1/1992, 12 ss.
- Amato G., *La nuova Costituzione economica*, in G. Della Cananea, G. Napolitano (a cura di), *Per una nuova costituzione economia*, Bologna, 1998;
- Amato V., *Sponsorizzazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993, 1 ss.;
- Amorosino S., Sciuto R., *La disciplina del project financing nella nuova legge sugli appalti (n. 415 del 1998): la concessione di costruzione e gestione ed il promotore*, in *Riv. giur. ed.*, 1999, 61 ss.;
- Amorth A., *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. pubbl.*, 1938, 456 ss;
- Angelini G., Porazzi E., *Le fondazioni a supporto dell'azienda sanitaria per un nuovo rapporto con il territorio*, in *San. pubbl. priv.*, n. 2/2005, 42 ss.
- Antonelli A., *L'introduzione del "pareggio" di bilancio nella Costituzione: nuove prospettive per la governance della finanza pubblica*, in *Federalismi.it*, 2016.
- Antoniazzi S., *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005;
- Antoniazzi S., *Riforma del Titolo V della Costituzione e tutela della salute: prospettive offerte dalle nuove competenze regionali per la materia sanitaria*, in *Dir. econ.*, n.1/2003, 96 ss.
- Antoniazzi S., *Società miste e servizi pubblici locali esperienze nazionali e modello europeo*, Napoli, 2017;

- Antonini L., *Sulla giustiziabilità del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Quad. cost.*, 2003, 635 ss.
- Antonini L., *Sussidiarietà fiscale. La frontiera della democrazia*, Milano, 2005;
- Apelbaum R., *Les PPP et le développement du droit public français à l'étranger*, in *AJDA*, 2004, 1759 ss;
- Arena G., *Amministrazione condivisa, l'alleanza vincente fra cittadini e istituzioni*, in *www.labsus.org*, 2011;
- Arena G., *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n.1/2017, 43 ss.
- Arena G., *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare all'Italia*, Roma-Bari, 2006;
- Arena G., *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, 29 ss.;
- Armeante F., *Indirizzo e coordinamento, sussidiarietà e potere sostitutivo nel d.leg 31.3.1998, n. 112*, in *Nuove Autonomie*, 1998, 693 ss;
- Ascoli U., Ranci C., *Il welfare mix in Europa*, Roma, 2003;
- Astone F., F. Martines, *Principio di legalità e attività di diritto privato delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. econ.*, n. 1/2016, 109 ss,
- Auby J.B., *La globalisation, le droit et l'État*, Paris, 2010.
- Auby J.B., Maugüé C., *Les contrats de délégation de service public*, in *JCP* 1994, n. 3743;
- Auby J.F., *La délégation de service public : premier bilan et perspectives*, in *RD publ.* 1996, 1095 ss.;
- Azzariti G., Burgio A., Lucarelli A., Mastropaolo A., *Manifesto per l'università pubblica*, Roma, 2008;
- B. Raganelli, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Giorn. dir. amm.*, n.6/2016, 773 ss;
- Baldi M., De Marzo G., *Il project financing nei lavori pubblici*, Milano, 2001;

- Bandini Zagnini S., *Appalti pubblici di forniture e servizi secondo la direttiva n. 2004/18/CE*, Torino, 2006;
- Barbati C., *Lo spettacolo nel decreto “Art bonus”. Conferme e silenzi*, in *Aedon*, n. 3/2014.
- Bardusco A., voce *Fondazione di diritto pubblico*, in *Dig. Discipl. Pubbl.*, VI, 1991, 389 ss.;
- Bargone A., Richter P.S., *Manuale del diritto del lavori pubblici. La riforma e i procedimento di attuazione*, Milano, 2001;
- Barone A., *Urbanistica consensuale, programmazione negoziata e integrazione comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n.2/2001, 261 ss;
- Bartolini A., *Società di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Urb. e App.*, 2009, 742 ss;
- Basile M., voce *General contractor*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, 310 ss;
- Bassanini F., Reviglio E., *Gli investimenti di lungo periodo in Europa dalla crisi finanziaria al Piano Juncker*, in *Astrid Rassegna*, n. 11/2015, 1 ss;
- Bassi N., *I servizi pubblici comunitari: la loro recente comparsa, i loro primi sviluppi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 1/2006, 69 ss.
- Bassi N., *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001;
- Bassu C., *Sussidiarietà versus servizi pubblici: la distinzione tra esternalizzazioni e fenomeni sussidiari*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, n. 4/2009, 1251 ss;
- Bastianon S., *La tutela del legittimo affidamento nel diritto dell’Unione Europea*, Milano, 2012;
- Battini S., *La nuova governance delle Università*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n.2/2011, 359 ss.;
- Battistello A., *La convenzione tra enti pubblici e soggetti privati in ambito socio-assistenziale*, in *Prospettive sociali e sanitarie*, n. 12/13, 1998, 1 ss.;
- Bedeschi G., *Storia del pensiero liberale*, Roma, 2004;
- Bellezza E., F. Florian, *Le fondazioni del terzo millennio*, Firenze, 1998;

- Benacchio G.A, Graziadei M (a cura di), *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, Atti del IV Congresso nazionale SIRD Trento, 24-26 settembre 2015;
- Benvenuti F., *Appunti di diritto amministrativo. Parte Generale*, Padova, 1996;
- Benvenuti F., *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, 1996;
- Benvenuti F., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994;
- Benvenuti F., *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, 1961;
- Benvenuti F., *Scritti giuridici*, Milano, 2006;
- Bergere F., *Ten Years of PPP: an initial assesment*, in *OECD Journal on Budgeting*, n. 1/2015, 2016, 115 ss..
- Berti G., *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968;
- Bertozzi L, Villata R., *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. Chiti e M. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, t. IV, p. sp., Milano, 2007, 1853 ss.;
- Bianca M., *I contratti di sponsorizzazione*, Rimini, 1990;
- Bianca M., *Sponsorizzazione*, in *D. disc. priv., sez. comm.*, XV, Torino, 1998, 134 ss.;
- Bin R., *Sussidiarietà o diritti dei cittadini?*, in *Ist. Federalismo*, n.1-2/1998, 125 ss;
- Bobbio L., *Produzione di politiche a mezzo di contratti nella pubblica amministrazione italiana*, in *Stato e mercato*, n. 58/2000, 111 ss.;
- Bobbio N., voce “*Pubblico/Privato*”, in *Enciclopedia Einaudi*, Torino, 1980, 401 ss.;
- Boiteau C., *Les conventions de délégation de service public*, Paris, 2007;
- Bolognino D., Cameli R., Giglioni F., *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza italiana e comunitaria*, in *Labsus Paper*, n. 11/2009, in www.labsus.org;
- Bombardelli M., *La sostituzione amministrativa*, Padova, 2005;

- Bonechi L., *Concessioni e appalti pubblici di servizi: la corte elimina i dubbi sulla disciplina applicabile*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, 325 ss.;
- Bonelli F., *La privatizzazione delle imprese pubbliche*, Milano, 1996;
- Bonfanti V., *Il partenariato pubblico privato alla luce del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*, 2016;
- Bonilini G., *La donazione costitutiva di obbligazione*, in Id. (diretto da), *Trattato delle successioni e delle donazioni*, vol. VI, Milano, 2009 663.
- Bonilini G., *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2010;
- Bonomi A., *Contratti amministrativi*, in *Dig. It.*, Torino, 1898-1900, VIII, 422 ss.;
- Bonura H., G. Caruso, *Per valutare i requisiti tecnico-economici del privato è necessaria una procedura a evidenza pubblica*, in *Guida al diritto*, n. 48/2009, 103 ss.;
- Bonvicini D., voce *L'associazione temporanea di imprese*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. III, Roma, 1993.
- Boschi M.E., *Fondazioni bancarie e società strumentali*, in *Dir. econ.*, n. 4/2010, 675 ss.;
- Bottari C., *L'intervento del privato nell'erogazione di servizi sanitari e i conseguenti problemi patrimoniali e organizzativi*, in *San. Pubbl.*, 1998, 512 ss.;
- Bottino G., *Il nuovo articolo 97 della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2014, 691 ss.
- Bottino G., *Il Patto di stabilità interno*, in *Dir. econ.*, n. 1/2012, 80 ss.
- Brameret S., *Les relations des sociétés d'économie mixte locales. Recherche sur l'institutionnalisation d'un partenariat public-privé*, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2011;
- Brancasi A., *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *www.forum-costituzionale.it*, 2012;
- Brenet F., *Conditions d'éligibilité du contrat de partenariat: la complexité du projet devant le juge administratif*, in *Dr. adm.*, 2010, 56;

- Brenet F., *Les marchés de partenariat de l'ordonnance du 23 juillet 2015: un nouveau départ pour les partenariats public-privé?*, in *Dr. adm.*, 2015, 3;
- Brenet F., Melleray F., *Le contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004*, Paris, 2005;
- Bréville A., *Avantages comparatifs du contrat de partenariat par rapport aux autres contrast complexes*, in *AJDA*, 2004, 1754 ss;
- Bruti Liberati E., *Consenso e funzione nei contratti di diritto privato*, Milano, 1996;
- Bruti Liberati E., *Il ministero fuori dal ministero (art. 10 del d.lg. 368/1998)*, in *Aedon*, n.1/1999;
- Bruti Liberati E., *Pubblico e privato nella gestione dei beni culturali*, in *Aedon*, n. 3/2001;
- Burdeau F., *Histoire de l'administration française. Du 18e au 20e siècle*, Paris, 1994;
- Burdeau F., *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, Paris, 1995;
- C. Boiteau, *Les sociétés d'économie mixte ed les contrats de délégation de service public*, in *RFDA*, 2005, 947.
- Cafagno M., Manganaro F., *Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia*, in *Dir. econ.*, n. 1/2016, 69 ss.
- Caia G., *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, in *Foro amm.-Tar*, 5, 2002 1568 ss.;
- Caia G., *Norme per la riduzione dei costi degli apparati pubblici regionali e locali e a tutela della concorrenza*, in *Giustamm.it*, 2007, 705 ss;
- Calcagnile M., *Principi e norme amministrative sui limiti di azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Foro amm. TAR*, n.11/2012, 3713 ss.
- Caldirola D., *Servizi sociali, riforma del Terzo settore e nuova disciplina degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 3-4/2016, 733 ss.;

- Cammelli M., *Autonomia universitaria. Ovvero: il caso e la necessità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 176 ss;
- Cammelli M., *La riga prima della prima riga: ovvero ragionando su Art Bonus e dintorni*, in *Aedon*, n. 3/2014,
- Cammelli M., *Le sponsorizzazioni tra evidenza pubblica ed erogazione*, in *Aedon*, n. 1/2010;
- Cammelli M., Ziroldi A., *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1997;
- Cammeo F., *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, 1937;
- Cangelli F., *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004;
- Capano G., *L'università in Italia*, Bologna, 2000;
- Capano G., *La politica universitaria*, Bologna, 1998;
- Caputi Jambrenghi V., Angiuli A., *Commento all'art. 3, in Riordino della disciplina in materia sanitaria. Commento al d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502*, con il coordinamento di F.A. Roversi Monaco, Rimini, 1993, 55 ss.
- Caputi Jambrenghi V., *L'organismo di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, n.1/2000, 13 ss;
- Caranta R., *Concessione di opere e di servizi*, in *Enc. dir.*, agg. V, 2001, 240 ss.;
- Caranta R., D.D. Cosmin, *La mini-rivoluzione del diritto europeo dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.* 2014, 495 ss.;
- Caranta R., *I contratti pubblici*, Torino, 2012,
- Caranta R., *La Corte di giustizia definisce le condizioni di legittimità dei partenariati pubblici-privati*, in *Giur. it.*, 2010, 1193 ss.
- Caravita Di Toritto B., *Le fondazioni di origine bancaria come formazioni sociali*, in *Federalismi.it*, 2008;
- Caretti P., *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quad. cost.*, n.1/1993, 15 ss.;
- Caretti P., Tarli Barbieri G., *Diritto regionale*, Torino, 2007;
- Caringella F., Giustiniani M., *Manuale dei contratti pubblici*, Roma, 2015;

- Caringella F., M. Protto, *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Roma, 2017;
- Carloni E., *La «casa di vetro» e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 779 ss.
- Carmosino C., *La legge di stabilità per il 2016 - I beni culturali: misure di urgenza e interventi di sistema*, in *Giorn. dir. amm.*, n.2/2016, 177 ss.
- Carnevale U., *La donazione modale*, Milano, 1969;
- Carpentieri P., *Appalti nel settore dei beni culturali (e archeologia preventiva)*, in *Urb. e app.*, 2016, 1024 ss.;
- Carpentieri P., *Sponsorizzazioni e mecenatismo nei beni culturali*, in *Giustamm.it*, 2014;
- Carriere P., *Project financing. Profili di compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1999;
- Cartei G.F., *Il confronto di concessione di lavori e di servizi: novità e conferme a 10 anni dal Codice De Lise*, in *Urb. e app.*, 2016, 939 ss.,
- Carullo G., *Rapporti tra potestà pubbliche e opere di urbanizzazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n.3-4/2010, 1011 ss.
- Casavola H.C., *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni - Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche Ue 2020*, in *Giorn. dir. amm.* n.12/2014, 1135 ss;
- Casciu S., *Il tema delle sponsorizzazioni/erogazioni liberali dalla parte delle Soprintendenze; difficoltà, equivoci, burocrazia, mentalità*, in *Aedon*, n. 2/2013;
- Casetta E., *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Dir. econ.*, n. 2/2001, 317 ss;
- Casetta E., *Pubblico e privato nelle concessioni e nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 1992, 275 ss.
- Cassese S., *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971;
- Cassese S., *Il diritto amministrativo. Storia e prospettive*, Milano, 2010;
- Cassese S., *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro.it*, V, 1995, 373 ss.,

- Cassese S., *L'università e le istituzioni autonome nello sviluppo politico dell'Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 755 ss.
- Cassese S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000;
- Cassese S., *Le imprese pubbliche dopo le privatizzazioni*, in *Stato e mercato*, n. 35/1992, 235 ss;
- Cassese, S., *Le privatizzazioni: arretramento o riorganizzazione dello stato?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 581 ss.;
- Cassese, S., *Stato e mercato, dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/1991, 378 ss;
- Cassese, S., *Verso un nuovo diritto amministrativo?!*, Lezione per festeggiare il 60° anniversario della Scuola di specializzazione in studi sulla pubblica amministrazione – Spisa, Bologna, 26 ottobre 2015, in www.irpa.eu
- Castagné S., *Sociétés d'économie mixte à opération unique - Commentaires*, in *JCl, Sociétés formulaire*, fasc. S-1420, febbraio 2015;
- Cattaneo S., voce *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, XLII, 1990, 355 ss;
- Cavallo B, G. Di Plinio, *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1993;
- Cavallo Perin R., *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993;
- Cavallo Perin R., *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 41 ss.;
- Cavallo Perin R., *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998;
- Cavallo Perin R., *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990;
- Cavallo Perin R., Racca G.M., *Caratteri ed elementi essenziali nelle sponsorizzazioni con le pubbliche amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2013, 583 ss.
- Cerbo P., *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*, Padova, 2007;

- Cerritelli M., *Il contratto di partenariato pubblico-privato nell'ordinamento francese*, in *Riv. amm. app.*, n. 1/2006, 3 ss;
- Cerulli Irelli V., *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino 2011;
- Cerulli Irelli V., *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino 2008;
- Cerulli Irelli V., *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Dir. amm.*, 2006, 772 ss.
- Cerulli Irelli V., *Le fondazioni lirico-sinfoniche come organizzazioni pubbliche in forma privatistica*, in *Aedon*, n.3/2012,
- Cerulli Irelli V., *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modelli negoziali*, in *Dir. amm.*, 2003, 218 ss.;
- Cerulli Irelli V., voce *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, vol. XII, 2004;
- Ceruti M., *E' ammessa la procedura negoziata per la scelta del socio provato alle società miste? L'attualità della Comunicazione interpretativa della Commissione sui PPPI del 2008*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 247 ss.
- Chamming's G., Scialom M., *Le régime juridique du marché de partenariat: nouveau paradigme ou simple inflexion du style?*, in *Contrats et Marchés publics*, n.5/2016, 27 ss.
- Chieppa R., *Il nuovo regime delle erogazioni liberali e delle sponsorizzazioni: il settore dei beni culturali e l'intervento delle fondazioni*, in *Aedon*, n. 2/2013.
- Chirulli P., *Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione. Dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione*, Padova, 2005,
- Chiti M.P. *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra Stati membri, le pubbliche amministrazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 1 ss.;
- Chiti M.P., *L'organismo di diritto pubblico e la nozione comunitaria di pubblica amministrazione*, Bologna, 2000;

- Chiti M.P., *La presenza degli enti pubblici nelle fondazioni di partecipazione tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Le Fondazioni di Partecipazione*, Milano, 2007, 43 ss.
- Chiti M.P., *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.* 1995, 505 ss.;
- Chiti M.P., voce *Partenariato pubblico-privato*, in *Enc. giur. Il Diritto*, Milano, 2007, 690 ss.
- Cilione G., *Diritto sanitario*, II ed, Rimini, 2005;
- Ciriello P., voce *Servizi pubblici*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992;
- Civitarese S., Matteucci S., *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997.
- Clamour G., *La création des sociétés d'économie mixte à opération unique*, in *Contrats et Marchés publics*, 2014, 214;
- Clamour G., *La place de la délégation de service public au sein de la commande publique*, in *AJDA*, 2013, 1429 ss.
- Clarich M., Pisaneschi A., *Le fondazioni bancarie. Dalla holding creditizia all'ente non-profit*, Bologna, 2001;
- Clarich M., *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. amm.*, 1995, 526 ss.;
- Clarich M., *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n.1/2003, 96 ss.
- Clarich M., *Sulla possibilità per le aziende ospedaliere di costituire società per azioni a capitale misto*, in *Ragiusan*, n. 189/2000, 70 ss.;
- Clarizia A., *Note in tema di leasing pubblico*, in *Riv. trim. app.*, 1988, 643 ss.;
- Cocconi M., *La trasformazione delle Università pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, n.12/2008, 1215 ss.;
- Cognetti S., *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, 1993;

- Collevicchio M., *L'armonizzazione dei sistemi contabili e dei bilanci degli enti locali nel quadro del federalismo fiscale e della riforma costituzionale*, in *La Finanza Locale*, n. 3/2012, 52 ss.
- Colson J.P., Idoux P., *Droit public économique*, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2016;
- Colson J.P., Idoux P., *Droit public économique*, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2014, 350 ss.;
- Comporti G.D., *Sponsorizzazioni ed erogazioni liberali*, in *Aedon*, n. 2/2015.
- Contieri A., *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000;
- Corbetta C., *I rapporti tra la sanità privata e l'organizzazione pubblica: il sistema di accreditamento nell'attuale disciplina*, in *San. pubbl. priv.*, n.1/2005, 7 ss.
- Corbetta C., *La sanità privata nell'organizzazione amministrativa dei servizi sanitari*, Rimini, 2004, 214 ss.
- Corbetta C., voce *Sanità*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, VI, Milano, 2006, 5412 ss;
- Cori R., Giorgiantonio C., Paradisi I., *Allocazione dei rischi e incentivi per il contraente privato: un'analisi delle convenzioni di project financing in Italia*, in *Questioni di economia e finanza*, n. 82, Banca d'Italia, 2010, 6 ss;
- Corso G., *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 1999;
- Corso G., *L'attività amministrativa*, Torino, 2004;
- Corso G., *Una nuova amministrazione?*, in *Nuove auton.*, 2003, 305 ss.
- Cortese F., *La Biennale di Venezia, il Centro sperimentale di cinematografia e l'Istituto nazionale per il dramma antico nel quadro delle recenti riforme culturali*, in *Aedon*, n. 2/2004.
- Cossu M., *Gli spin off universitari e accademici in forma di società a responsabilità limitata*, in *Munus*, 2013, 371 ss;

- Costi R., Di Chio G., *Società in generale - Società di persone - Associazione in partecipazione*, in *Giur. sist. civ. comm. Bigiavi*, Torino, 1980, 717 ss.;
- Costi R., *L'ambiguo ruolo delle fondazioni bancarie*, in *Dir. della banca e del mercato finanz.*, vol. I, 2012, 597 ss.;
- Cottino G., Cagnasso O., *Contratti commerciali. Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, 2009, 6 ss.;
- Cotturri G., *Potere sussidiario. Sussidiarietà e federalismo in Europa e in Italia*, Roma, 2001;
- Cozian M., Viander A., Deboissy F., *Droit des sociétés*, Paris, 2009;
- Craven R., *The EU's 2014 Concessions Directive*, 4 in *Public Procurement Law Review* (2014), 188
- Cudia C., *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008,
- Cuocolo F., *Bicamerale: atto primo - Il progetto di revisione costituzionale*, Milano, 1997;
- D'Agnolo G., *La sussidiarietà nell'Unione europea*, Padova, 1998;
- D'Alessandro D., *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Milano, 2004;
- D'Alberti M., *Le concessioni amministrative - Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981;
- D'Alberti M., *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008;
- D'Alberti M., voce *Concessioni amministrative*, in *Enc. giur.*, vol. VII, Roma, 1988, 2 ss.;
- D'Angiolillo P., *Accordi amministrativi e programmazione negoziata nella prospettiva del potere discrezionale*, Napoli, 2009.
- D'Aquino Tommaso, *Summa Theologiae*, Bologna, 1969.
- D'Atena A., *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, 14 ss;
- D'Atena A., *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 603 ss.

- De Angelis P., *L'affidamento senza gara del servizio di trasporto sanitario*, in *Giorn. dir. amm.*, n.2/2016, 249 ss.
- De Broux J., Marty F., *Les partenariats public-privé institutionalisés: intérêts, limites et risques d'une structure hybride public-privé*, in *Revue française d'administration publique*, n. 157/2016, 223 ss.
- De Carli P., *Lezioni ed argomenti di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1995;
- De Carli P., *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, 2002;
- De Felice D., *Principio di sussidiarietà ed autonomia negoziale*, Napoli, 2008;
- De Giorgi M.V., *Sponsorizzazione e mecenatismo*, Padova, 1988;
- De Gotzen S., *Il nuovo modello delle fondazioni speciali universitarie e le prime attuazioni: la fondazione universitaria di Padova*, in *Il diritto delle regioni*, 289.
- De Gotzen S., *Le "fondazioni legali" tra diritto amministrativo e diritto privato*, Milano, 2011,
- De Leonardis F., *Atti (e regole) dei soggetti concessionari*, in *Dir. amm.*, 2008, 569 ss.;
- De Leonardis F., *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Dir. amm.*, 2015, 743 ss;
- De Leonardis F., *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000;
- De Nictolis R., *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo del codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, n. 11/2008, 1225 ss;
- De Pasquale P., *Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2000;
- De Quesada C.E., *Competition and Transparency in Public Procurement Markets*, in *3 Public Procurement Law Review* (2014), 229;
- De Ruggiero G., *Storia del liberalismo europeo*, Bari, 1984;

- De Valles A., *I servizi pubblici*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo del diritto amministrativo italiano*, vol. VI, pt. I, Milano, 1930, 402 ss.;
- Degni M., De Ioanna P., *Il vincolo Stupido. Europa e Italia nella crisi dell'euro*, Roma, 2015;
- Del Giudice I., *L'università "operatore economico" del mercato concorrenziale*, in *Giustamm.it*, 3/2011;
- Delacour E., Davignon J.F., C. Ribot, J. Antoine, *La loi Sapin et les délégations de service public : 10 ans d'application jurisprudentielle*, Paris, 2003;
- Delacour E., *Les évolutions du droit des délégations de service public depuis dix ans*, in *Contrats Marchés publics*, 2003, 5;
- Delaunay B., *Droit public de la concurrence*, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2015, 378 ss.;
- Delelis P., *Partenariats public-privé 10 ans de jurisprudence*, Paris, 2014;
- Della Cananea G., *Il riordino della Cassa Depositi e Prestiti*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1147 ss.
- Della Cananea G., *Stato e mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*, in *Munus*, n. 1/2013, 17 ss.
- Devès C., *De la société d'économie mixte locale à la société publique locale: similitudes ou grand écart?*, in *RFDA*, 2012, 1082 ss.;
- Di Carpegna Brivio E., *Società miste per i servizi locali e principio di sussidiarietà. Di alcune difficoltà nell'integrazione tra pubblico e privato*, in *Dir. econ.*, n. 1/2013, 96 ss.
- Di Gaspare G., *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2003;
- Di Gaspare G., voce *Consorzi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, 1989, 475 ss.;
- Di Gaspare G., voce *Privatizzazioni (privatizzazione delle imprese pubbliche)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXIV, Roma, 1995, 4 ss.;
- Di Giovanni A., *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Torino, 2012,

- Di Pace R., *Il contratto di sponsorizzazione e la sua utilizzazione da parte delle pubbliche amministrazioni*, in *Foro amm., TAR*, 2004, 3898.
- Di Pace R., *Il Partenariato Pubblico-Privato*, Napoli, 2009;
- Di Pace R., *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006
- Di Plinio G., *Diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1998;
- Dickmann R., *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Federalismi.it*, 2012;
- Donati D., *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie*, Bologna, 2013;
- Donati, P. *La cittadinanza societaria*, Roma-Bari, 2000;
- Dreyfus J.D., *Société d'économie mixte locale*, in *Répertoire Dalloz Sociétés*, n. 93/2003;
- Dugato M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996;
- Dugato M., *La concorrenza e l'extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Giorn. dir. amm.*, n.10/2005, 1051 ss.;
- Dugato M., *La partecipazione dell'Università a società di capitali: il caso dell'Università di Bologna*, in *Contratto e impresa*, 1995, 700 ss.;
- Dugato M., *La riduzione della sfera pubblica?*, in *Dir. amm.*, n.3/2002, 169 ss.
- Dugato M., *Le società a partecipazione pubblica ad uso dell'economista*, in *Munus*, n.2/2011, 507 ss.,
- Dugato M., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001;
- Dugato M., Piperata G., voce *Università degli studi. I) Diritto pubblico*, in *Enc. giur.*, 2007, 1 ss.;;,
- Dugato M., *Società e joint venture nella gestione dei servizi sanitari*, in *San. pubbl. priv.*, n.5/1998, 517 ss;
- Dugato M., *Sussidiarietà e salute*, in *San pubbl. priv.*, n. 2/2006, 9 ss.
- Dumont H.A. e S. Ongena, *New public Procurement Rules in the EU*, in *3 International Construction Law Review* (2014), 404.
- Durand G., *Les sociétés d'économie mixte locales*, Paris, 2002;

- Durand G., *Les sociétés locales*, Dalloz, *Encyclopédie des collectivités locales*, capitolo 2 (folio n° 6232), section 7, settembre 2014;
- Duret P., *La sussidiarietà "orizzontale": le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, 95 ss
- Duret P., *Sussidiarietà e auto amministrazione dei privati*, Padova, 2004;
- Eckert G., *La SEMOP, instrument du renouveau de l'action publique locale?*, in *AJDA*, ottobre 2014, 1941 ss.;
- Eckert G., *Les delegations de service public sous l'influence du droit de l'Union européenne*, in *RJEP*, 2013, 3 ss.;
- Emery C., *Les contrats de partenariat*, in *Encyclopédie Dalloz*, Rép. coll. loc., 3, c. 3210, 2006, 114 ss.
- Endrici G., *Le fondazioni di origine bancaria a sostegno di arte e cultura. Modelli e strumenti operativi*, in *Aedon*, n. 1/2001
- Esposito E., *Amministrazione per accordi e programmazione negoziata*, Napoli, 2000;
- Esposito G.M., *Pianificazione e pubblica amministrazione a regime di mercato*, Padova, 2002.
- F. Goisis, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessione di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*, 2008, 729 ss.;
- Falcon G., *Il decreto 112 e il percorso istituzionale italiano*, in *Le Regioni*, 1998;
- Falcon G., *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984.
- Falzea G., *La concessione e le concessioni di sola costruzione di opere pubbliche*, in *Dir. econ.*, 1989, 501 ss;
- Feliciani G., voce *Sussidiarietà*, in *Dizionario di dottrina sociale della Chiesa*, Milano 2004, 88 ss.
- Ferioli E., *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, 2003;
- Ferrara G., *La revisione costituzionale come figurazione: sussidiarietà, rappresentanza, legalità e forma di governo nel progetto della Commissione bicamerale*, in *Pol. dir.*, n. 1/1998, 93 ss.

- Ferrara R., *Gli accordi tra privati e pubblica amministrazione*, Milano, 1985;
- Ferrara R., *Introduzione al diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2002;
- Ferrara R., *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007;
- Ferrara R., *La programmazione "negoziata" fra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, n.3-4/1999, 429 ss.;
- Ferrarese M.R., *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, 2002;
- Ferrarese M.R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000;
- Ferraro V., *La disciplina della concessione nel diritto europeo: i principi giurisprudenziali e la sistemazione realizzata con la direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n.5/2014, 835 ss;
- Ferri G., voce *Concorrenza*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, 532 ss.;
- Fidone G., *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, Roma, 2006;
- Fidone G., *Dalla locazione finanziaria al contratto di disponibilità: l'evoluzione del contratto di leasing immobiliare pubblico*, in *Foro amm. TAR*, 2012, 1042 ss.;
- Fidone G., *Il partenariato pubblico-privato: una fuga in avanti del legislatore nazionale*, in *Dir. econ.*, n. 2/2016, 384 ss.;
- Fidone G., *Il ruolo dei privati nella valorizzazione dei beni culturali: dalle sponsorizzazioni alle forme di gestione*, in *Aedon*, 1-2/2012.
- Fidone G., *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n.5/2015, 101 ss.
- Filibeck G., *I diritti dell'uomo nell'insegnamento della Chiesa. Da Giovanni XIII a Giovanni Paolo II*, Città del Vaticano, 2005;
- Fiorentini G., *Società a capitale misto nell'offerta di servizi sanitari*, in *MCR*, 2000, 883 ss.
- Fiorentino L., *L'esternalizzazione delle attività amministrative: l'acquisto di beni e servizi da parte delle Pubbliche Amministrazioni e il patrimonio immobiliare dello Stato*, in *Economia dei Servizi*, n. 2/2009, 259 ss.

- Fiorentino L., Lacava C., *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, in *Quaderni di Gior. dir. amm.*, n. 9/2004;
- Florenzano D., *Le società delle amministrazioni regionali e locali. L'art. 13 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223*, in *Quaderni del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Trento*, LXXVI, 2008;
- Foà S., *Il principio di sussidiarietà orizzontale come limite al potere normativo regionale: il caso delle fondazioni di origine bancaria*, in *Federalismi.it*, 2009;
- Foà S., *Il regolamento sulle fondazioni costituite e partecipate dal ministero per i beni e le attività culturali*, in *Aedon*, n. 1/2002;
- Foa S., *La gestione dei beni culturali*, Torino, 2001;
- Foà S., *Un nuovo caso di fondazione strumentale all'ente pubblico fondatore: la trasformazione degli IRCCS tra salvaguardia delle competenze regionali e rispetto dell'autonomia fondazionale*, in *Giustamm.it*, 2006;
- Fohr R., *Essor et enjeux du mécénat culturel*, in *La Revue du trésor*, n. 5/2008;
- Fois S., voce *Legalità (principio della)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIII, Milano, 1973, 684 ss.;
- Follieri E., *Attività liberalizzata e amministrazioni di risultati*, in *Foro amm.*, TAR, 2003, 329 ss.
- Forlenza O., *Le Università scelgono se diventare fondazioni*, in *Guida al dir.*, 2008, 29 ss.;
- Forti U., *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1900, IV, 369 ss.,
- Forti U., *Studi di diritto pubblico*, Roma, 1937;
- Fracchia F, voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. I, Milano, 2007, 250 ss.
- Frackowiak C. e G. Delaloy, *Nouvelles directives européennes sur les marchés publics et les concessions: quels changements pour le droit français de la commande publique?* in *94 Bulletin Juridique des contrats publics* (2014), 155;

- Franceschelli R., *Valore attuale del principio di concorrenza e funzione concorrenziale degli istituti del diritto industriale*, in *Riv. dir. ind.*, I, 1956, 66 ss.
- Franchi Scarselli G., *La gestione dei servizi culturali tramite fondazione*, in *Aedon*, n. 1/2002;
- Franchini C., *Pubblico e privato nei contratti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1962, 35 ss.;
- Frego Luppi S., *La sussidiarietà orizzontale nei servizi sociali. Il caso della Regione Lombardia*, in *Dir. econ.*, 2009, 67 ss.;
- Frignani A., *La sponsorizzazione*, Torino, 1993;
- Frosini T.E., voce *Sussidiarietà (principio di) (dir. cost.)*, in *Enc. Dir. Annali*, vol. II., t. 2, Milano, 2008, 1136.
- G. De Ferra, voce *Associazione in partecipazione (dir. comm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. III, Roma, 1988;
- G. De Maio, *Gli accordi fra privati e amministrazione: un istituto "virtuale" dagli accenti virtuosi*, in *Giorn. dir. amm.*, n.6/2016, 744 ss.
- Galetta D.U., *La trasparenza per un nuovo rapporto tra cittadino e Pubblica Amministrazione: un'analisi storico-evolutiva, in una prospettiva di diritto comparato ed europeo*, in *Riv. it. di pubbl. com.*, n. 5/2016, 1041 ss.
- Galgano F., voce *Fondazione (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989.
- Gambino A.M., *I contratti di pubblicità e sponsorizzazione*, Torino, 2012
- Gardini S., *La sponsorizzazione dei beni culturali come paradigma dinamico di collaborazione*, in *Dir. econ.* n.2/2016, 591 ss.;
- Gardini S., *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n.2/2016, 405 ss.
- Garofoli R., *Golden shares e authorities nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, 158 ss.
- Gastaldo V., *La valorizzazione dei beni culturali tra mecenatismo e sponsorizzazioni*, in *Dir. econ.*, n. 2/2016, 609 ss.;

- Gatti S., Germani A., *Le applicazioni del project finance nel settore sanitario: stato dell'arte e prospettive di utilizzo in Italia*, in *Economia & Management*, n. 3/2003;
- Gaudemet Y., *L'ordonnance sur les contrats de partenariat: étude historique et critique*, in *BJContrat de partenariat*, 2004, 338 ss;
- Gaudemet Y., *Les contrats de partenariat public-privé: étude historique et critique*, in *Bulletin Juridique des Contrats Publics*, 2004, 331 ss.;
- Ghemawat P., *Ridefinire la globalizzazione*, Bologna, 2009
- Ghetti G., *Lineamenti di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 2001;
- Giannini L., *La riforma del meccanismo europeo di stabilità. Un nodo critico nello sviluppo del processo di integrazione europea*, in *www.nomos-leattualitaneldiritto.it*, n. 2/2017.
- Giannini M.S., *L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1939;
- Giannini M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993,
- Giannini M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995.
- Giannini M.S., *Esercizio privato di pubbliche attività*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966.
- Giannini M.S., *Il pubblico potere*, Bologna, 1986;
- Giannini M.S., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 1981
- Giannini M.S., *L'attività amministrativa*, Roma, 1962;
- Giannini M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 1950;
- Gigante M., *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008;
- Gilberti B., I. Rizzo, *Posizionamento e margini di operatività delle società pubbliche nel mercato*, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2010, 2511 ss.
- Giliberti A., Calvetta B. *Il project financing nella sanità*, in *San. pubbl. priv.*, n. 4/2004, 403 ss.;
- Giorgi G., *La dottrina delle persone giuridiche*, Firenze, 1890.

- Giorgiantonio C., Giovanniello V., *Infrastrutture e project financing in italia: il ruolo (possibile) della regolamentazione*, in *Questioni di economia e finanza*, n. 56, Banca d'Italia, 2009, 30 ss.
- Glatt J.M., *La loi pour le développement des sociétés publiques locales: le « in house » à la française*, in *LPA*, agosto 2010, 5;
- Goisis F., *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Dir. amm.*, n.4/2015, 743 ss.;
- Goisis F., *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e comunitario e implicazioni di riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1364 ss.;
- Goisis F., *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessione di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*, n.4/2011, 740 ss.;
- Granieri M., *Di università imprenditoriale, società spin-off e finalità istituzionali dell'ente*, in *Foro it.*, 2011, III, 385 ss;
- Greco G., *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003;
- Greco G., *Ente pubblico, impresa pubblica, organismo di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n.10/2000, 839 ss;
- Greco G., *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 6/2000, 1461 ss
- Greco G., *La direttiva in materia di “concessioni”*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n.5/2015, 1095 ss;
- Greco G., *Le concessioni di lavori e di servizi nel quadro dei contratti di diritto pubblico*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 5/2000, 993 ss.
- Greco G., *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*, in *Dir. amm.*, n.3-4/1999, 381 ss;
- Grossi P., *La costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico post-moderno*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2013, 607 ss.

- Guccione C., *L'affidamento diretto di servizi a società mista*, in *Giorn. dir. amm.*, n.3/2005, 271 ss;
- Guccione C., *La comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, n.12/2000, 1253 ss.;
- Guccione C., *La nozione di organismo di diritto pubblico nella più recente giurisprudenza comunitaria*, in *Giorn. dir. amm.*, n.10/2003, 1027 ss.;
- Guglielmi G.J., Koubi G., *Droit du service public*, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2011;
- Guglielmi G.J., *La société publique locale, un nouvel outil de gestion des services publics locaux*, in *RDP*, 2011, 717 ss.;
- Guicciardi E., *Recensione a K. H. Schmitt, Treu und Glauben im Verwaltungsrecht. Zugleich ein Beitrag zur juristischen Methodenlehre*, in *Arch. giur. dir. pubbl.*, 1936, 556 ss
- Guizzi V., voce *Sussidiarietà (dir. CE)*, in *Enc. giur.*, Roma, 2000, 1 ss;
- Gullo F., *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965;
- Hoepffner H., *L'avenir compromis des partenariats public-privé institutionnalisés. À propos de l'avis de la section de l'administration du Conseil d'État n° 383264 du 1er décembre 2009*, in *Contrats et Marchés publics*, n. 12/2010, 11.
- Ippolito F., *Fondamenti, attuazione e controllo del principio di sussidiarietà nel diritto della Comunità e dell'Unione europea*, Milano, 2007;
- IRPA, *Terzo rapporto sulle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2011.
- Jaeger P., voce *Privatizzazioni (profili generali)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXIV, Roma, 1995, 1 ss;
- Kotsonis T., *The 2014 Utilities Directive of EU: Codification, Flexibilisation and Other Misdemeanours*, 4 ivi (2014), 169;
- Le Grand J., *The other invisible hand. Delivering public services through choice and competition*, Princeton, 2007;

- Le Mestre R., *Droit du service public*, Paris, 2003
- Ledda F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo*, Torino, 1962;
- Ledda F., *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 150 ss;
- Leggiadro F., *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, in *Urb. e app.*, n.10/2000, 1430 ss.
- Leone G., *Opere pubbliche tra appalto e concessione*, Padova, 1990, 24 ss.
- Li Donni V., *Governare la globalizzazione. Gli Stati moderni di fronte alla sfida del mercato globale*, Padova, 2000;
- Libertini M., Ferri G., voce *Concorrenza*, in *Enc. giur.*, Annali III, Milano, 2010, 191 ss.
- Lichere F., *Le contrasts de artenerait. Fausse nouveauté ou vraie libéralisations dans la commande publique*, in *Revue du droit publique*, 2004, 1547 ss.;
- Liguori F., *Amministrazioni pubbliche e diritto privato nel disegno di legge sull'azione amministrativa*, Relazione al Convegno su «La riforma dell'azione amministrativa» Università di Cassino, 19 giugno 2003, in *Foro. amm. TAR*, n. 5/2003, 1825 ss.
- Linotte D., Romi R., *Droit du service public*, Paris, 2007;
- Linotte D., *Sur un nouvel instrument d'action publique locale: la société publique locale, panacée ou placebo? À propos de la loi du 28 mai 2010 pour le développement des SPL*, in *Gaz. Pal.*, ottobre 2010, 19 ss.;
- Linotte D., *Un cadre juridique désormais sécurisé pour les contrats de partenariat*, in *AJDA*, n. 1/2005;
- Llorens F. Soler Couteaux P., *La SEM à opération unique ou l'avènement du PPI à la française*, in *Contrats et Marchés publics*, 2014, 1;
- Llorens F., Soler Couteaux P., *Le sociétés publiques locales ou le «in house» à la française*, in *Contracts Marchés Publics*, 2009, 5;

- Llorens F., Soler-Couteaux P., *La longue marche vers le PPPI. À propos de l'avis du Conseil d'État du 1er décembre 2009*, in *Contrats et Marchés publics*, n. 10/2010, 9;
- Llorens F., Soler-Couteaux P., *Les nouvelles perspectives du partenariat public-privé institutionnalisè propos de la communication de la Commission européenne du 5 février 2008*, in *Contrats et Marchés publics*, marzo 2008, 3;
- Locatelli P., *Il project financing e i nuovi strumenti di finanziamento in un'ottica di gestione imprenditoriale dell'azienda sanitaria*, in *San. pubbl. priv.*, n. 5/1999, 421 ss.;
- Locke J., *Il secondo trattato sul governo (1690)*, Milano, 1998
- Lolli A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici: nuove forme di coordinamento degli interessi pubblici e privati*, Bologna, 2008;
- Lorello L., *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998;
- Lottini M., I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n.5/2005, 1351 ss.;
- Luciani M., *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in www.cortecostituzionale.it, 2013;
- Lugaresi N., *Concessione di costruzione e gestione e e project financing: problemi applicativi nella scelta del promotore e del concessionario*, in *Riv. trim. app.*, 2001, 647 ss;
- Lupi R., *L'Art bonus come sovvenzione pubblica in forma di "credito d'imposta"*, in *Aedon*, n. 3/2014
- Lupo N., *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, in www.arsae.it, 2011,
- Luzzi S., *Salute e sanità nell'Italia repubblicana*, Roma, 2004;
- Macchia M., *La Cassa Depositi e Prestiti tra i diritti e le reti*, in *Munus*, n. 1/2014, 99 ss.
- Macchia M., *Le misure di risoluzione delle banche in crisi: profili di diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, n.2/2016, 158 ss..

- Magri M., *La legalità costituzionale dell'amministrazione*, Milano, 2002;
- Maltoni A., *Enti pubblici e privati in forma di fondazione: regime giuridico e modalità d'intervento nei settori dei servizi alla persona*, in *Dir. amm.*, n.4/2006, 811 ss.
- Maltoni A., *Gli atti delle amministrazioni pubbliche che incidono sul piano strutturale o sul funzionamento delle società partecipate qualificabili come atti "a regime di diritto amministrativo" in Italia, Francia e Spagna*, in *Riv. web Corte Conti*, n.0/2014, 1-40
- Maltoni A., *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005.
- Maltoni A., *Sussidiarietà orizzontale e munera pubblici. L'esternalizzazione di funzioni amministrative: verso un'amministrazione in senso sostanziale/funzionale*, Bologna, 2002;
- Mameli B., *Concessioni e pubblici servizi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n.1/2001, 73 ss;
- Mameli B., *L'organismo di diritto pubblico, profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003;
- Mameli B., *Servizio pubblico e concessione. L'influenza del Mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentati*, Milano 1998;
- Mameli B., voce *Concessioni amministrative*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, vol. II. Milano, 2006, 1111 ss.;
- Manfredi G., *La finanza di progetto dopo il D.Lgs. n. 152/2008*, in *Dir. amm.*, n.4/2009, 429 ss.
- Manfredi G., *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001;
- Manfredi G., *La "Fondazione La Grande Brera", il partenariato e la panacea di tutti i mali*, in *Aedon*, n. 2/2014
- Manganaro F., *Dal rifiuto di provvedimento al dovere di provvedere: la tutela dell'affidamento*, in *Dir. amm.*, n.1-2/2016, 98.
- Manganaro F., *Il principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli 1995;

- Manganaro F., *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, n. 1-2/2014, 75 ss.
- Manganaro F., *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli, 2000;
- Mannori L., Sordi C., *Storia del diritto amministrativo*, Roma, 2001;
- Mantero A., *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto può amministrativo*, Padova 1979;
- Marchegiani G., *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernenti le concessioni e i c.d. «affidamenti in house»*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n.3-4/2004, 956 ss.
- Marchetta D., *Le nuove fondazioni universitarie*, in *Giornale dir. amm.*, n.8/2001, 765 ss;
- Mari A., *Organizzazione e funzionamento delle università*, in *Quaderni di Giorn. dir. amm.*, n. 12/2005, 78 ss.;
- Marra A., *Trasformare le università in fondazioni? Riflessioni a margine dell'art. 16 del d.l. 112/2008*, in *Dir. econ.*, 3-4/2009, 645 ss.;
- Marty F., Voisin A., *La redevabilité des partenariats public-privé*, in *Revue française d'administration publique*, 2016, 1123 ss.
- Marty F., Voisin A., S. Trosa, *Les partenariats public-privé*, Paris, 2006;
- Marzuoli C., *Istruzione e "Stato sussidiario"*, in *Dir. pubbl.*, n.1/2002, 117 ss.;
- Marzuoli C., *L'università e l'uso di forme organizzative di diritto privato*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2012, 287 ss.
- Marzuoli C., *Principio di legalità attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, 1982;
- Marzuoli C., *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. dir. priv.*, n. 1/2005, 75 ss.
- Masetti D., *Le società a partecipazione pubblica nella concorrenza: le condizioni legittimanti per l'ammissione alle gare amministrative (dopo l'art. 13 del « decreto Bersani »)*, in *Giustamm.it*, 2008;
- Masetti D., *Le società partecipate dalle Amministrazioni pubbliche regionali e locali ed i loro limiti funzionali*, in *Giustamm.it*, 2007;

- Massa Pinto I., *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003;
- Massera A., *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa, 2011;
- Massera A., voce *Contratti con la pubblica amministrazione*, in S. Cassese (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, Milano, 2006, 1389 ss;
- Mastragostino F., *Sponsorizzazioni e pubbliche amministrazioni: caratteri generali e fattori di specialità*, in *Aedon*, n. 1/2010;
- Masucci A., *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali. Il contratto di diritto pubblico*, Napoli, 1988;
- Mattalia M., *Convenzionamento diretto o procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario*, in *Foro. amm., CDS*, n.7-8/2008, 1984 ss.
- Mattarella B.G., *L'attività*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, t. II, Milano, 2003, 699 ss.;
- Mattarella B.G., *L'imperatività del provvedimento. Saggio critico*, Padova, 2000;
- Mazzamuto M., *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000;
- Mazzone M., *L'associazione temporanea d'impres*, Torino, 1985;
- Melica L., voce *Sussidiarietà*, in S. Cassese (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, VI, Milano, 2006, 5836 ss
- Melis G., *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996.
- Meloni G., *Il conferimento delle funzioni amministrative agli enti locali nelle leggi regionali di attuazione del d.lgs. 112/98: spunti ricostruttivi*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2002.
- Ménéménis A., *L'ordonnance sur le contrats de partenariat: heureuse innovation ou occasion manquée?*, in *AJDA*, 2004, 1737 ss;
- Mercati L., *Armonizzazione dei bilanci pubblici e principi contabili*, in *Federalismi.it*, 2014
- Mercati L., voce *Efficienza della pubblica amministrazione*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, III, Milano, 2006, 2146 ss.

- Merusi F., *Art. 26, Contratti di sponsorizzazione*, in G. Morbidelli, G. Ferrari (diretto da), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2013, 357 ss.
- Merusi F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli “anni ’30” e l’”alternanza”*, Milano, 2001;
- Merusi F., *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Torino, 2013.
- Merusi F., *L’affidamento del cittadino*, Milano, 1970.
- Merusi F., *La difficile vita delle fondazioni bancarie. La Corte costituzionale fa chiarezza e la Cassazione confusione*, in *Foro amm. TAR*, n.7-8/ 2005, 2698 ss.;
- Merusi F., *La legalità amministrativa: altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012.
- Merusi F., *La natura delle cose come criterio di armonizzazione comunitaria nella disciplina sugli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, 39 ss.
- Merusi F., *La privatizzazione per fondazioni tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2004, 447.
- Merusi F., *Legge e autonomia nelle Università*, in *Dir. amm.*, n.4/2008, 739 ss.;
- Merusi F., *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007;
- Merusi F., *Variazioni pubblicistiche sulla finanza di progetto*, in *Riv. trim. app.*, 2001;
- Merusi F., voce *Servizio pubblico*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970 215 ss;
- Michiara P., *La valorizzazione dei beni culturali tramite accordi*, in *Giustamm.it*, 2014;
- Michiara P., *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore: considerazioni sulle procedure selettive a concorrenza limitata nell'ambito dei rapporti a collaborazione necessaria*, Roma, 2005;

- Midiri F., *L'istruzione universitaria tra servizio pubblico ed autonomia funzionale*, Torino, , 2004;
- Miele G., *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953;
- Millon-Delsol C., in M. Tringali (a cura di), *Il principio di sussidiarietà*, Milano, 2003;
- Molaschi V., voce *Sanità*, in *Enc. giur. il Diritto*, XIV, Milano, 2007, 30 ss.;
- Moliterni A., *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Napoli, 2016.
- Montedoro G., *Leasing pubblico e capacità generale di diritto privato della p.a.*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2004.
- Monticelli S., Porcelli G., *I contratti d'impresa*, 2013;
- Morbidelli G., *Le fondazioni per la gestione dei beni culturali*, in *Giustamm.it*, 2006;
- Morrone A., *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in *Lavoro e diritto*, n. 3/2013, 357 ss.;
- Moscarini A., *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova, 2003;
- Moscarini A., *Sussidiarietà e libertà economiche*, in *Dir. e società*, 1999, 437 ss.
- Mulazzani G., *La nozione di operatore economico e la partecipazione degli enti pubblici alle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici*, in *Munus*, n. 2/2015, 385 ss.
- Mulazzani G., *Limiti operativi extra moenia all'in house: un margine residuale per gli investimenti*, in *Munus*, n. 3/2016, 607 ss.
- Mulazzani G., *Pubblica amministrazione: un perimetro a geometria variabile tra diritto UE e diritto interno*, in *Dir. econ.*, n.2/2017, 323 ss.
- Musumeci T.S., *La cultura ai privati. Il partenariato pubblico privato (sponsorizzazioni e project financing) ed altre iniziative*, 2012;
- Napolitano G., *Il Meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Giorn. dir. amm.*, n.5/2012, 461 ss.;

- Napolitano G., *Il nuovo Stato salvatore: strumenti di intervento e assetti istituzionali*, in *Giorn. dir. amm.*, n.11/2008, 1083 ss.
- Napolitano G., *Le fondazioni di origine pubblica: tipi e regole*, in *Dir. amm.*, n.3/2006, 573 ss.
- Napolitano G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003,
- Napolitano G., *Soggetti privati “enti pubblici”?*, in *Dir. amm.*, n.4/2003, 801 ss.;
- Neri S., *La regolazione dei sistemi sanitari in Italia e Gran Bretagna. Concorrenza, cooperazione, programmazione*, Milano, 2006.
- Newitt P.K., *Il project financing*, Bari, 1998;
- Nicinski S., *La loi du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales*, in *AJDA*, 2010, 1759 s.;
- Nicolai M., Felicetti C., *La finanza di progetto e le opere fredde: dati di sintesi e problematiche applicative nel settore dell’edilizia ospedaliera*, in *Politiche Sanitarie*, n. 1/2005;
- Nicolas Y., *Pratique locales de mécénat culturel*, in *Culture études*, n. 4/2009, 1 ss.;
- Noguellou G., *L’avis de la section de l’administration du Conseil d’État sur les PPPI*, in *Dr. adm.*, n.8-9/2010, 54.;
- Noguellou R., *Les sociétés publiques locales*, in *Dr. Adm.*, luglio 2010, 44;
- Occhiena M., *Le fondazioni istituti di ricovero e cura a carattere scientifico*, in *Giustamm.it*, 2006;
- Olivi M., *Principio di sussidiarietà orizzontale e regole di diritto privato*, in *Ricerche giuridiche*, n. 2/2013, 502 ss.
- Pagani I., *Società pubbliche e mercato: quale equilibrio, alla luce dell’art. 13 del decreto Bersani?*, in *Urb. e App.*, n.9/2008, 1173 ss.;
- Pagliari G., *Le fondazioni bancarie. Profili giuridici*, Milano 2004;
- Pastori G., *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2002, 85 ss.;
- Pastori G., *Tutela e valorizzazione dei beni culturali in Italia: situazione in atto e tendenze*, in *Aedon*, n. 3/2004;

- Pellizer F., L. Zanetti, *La programmazione negoziata nell'ambito della pianificazione urbanistica e dei lavori pubblici*, in *Ist. Federalismo*, n.2/1999, 301 ss.
- Pellizer F., *Le concessioni di opera pubblica*, Padova, 1990;
- Pellizer F., *Le concessioni di sola costruzione tra pubblico e privato*, in *Foro amm.*, 1985, 1533 ss;
- Pellizzari S., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza del giudice amministrativo: problemi di giustiziabilità e prospettive*, in *Ist. Federalismo*, n. 3/2011, 604 ss.
- Pellizzari S., *Il ruolo dei privati e la tutela del patrimonio culturale nell'ordinamento giuridico inglese: un modello esportabile*, in *Aedon*, n. 1/2010.
- Perez R., *Il Trattato di Bruxelles e il fiscal compact*, in *Giorn. dir. amm.*, n.5/2012, 469 ss;
- Perez R., *La crisi del debito pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3/2016, 669 ss;
- Pericu G., *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, 2001;
- Picozza E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997;
- Picozza E., *Diritto dell'economia: strumento di unificazione*, in *Dir. econ.*, n. 3/2015, 507 ss.;
- Picozza E., *Introduzione al diritto amministrativo*, Padova, 2006;
- Pietrobon V., voce *Affidamento*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 1 ss.
- Pioggia A., *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato. Un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 586 ss;
- Piperata G., *Le esternalizzazioni nel settore pubblico*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2005, 963 ss.
- Piperata G., *Servizi per il pubblico e sponsorizzazioni dei beni culturali: gli artt. 117 e 120*, in *Aedon*, n. 3/2008;
- Piperata G., *Sponsorizzazioni e appalti pubblici degli enti locali*, in *Riv. trim. appalti*, 2002; 67 ss.;

- Piperata G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005
- Pizzetti F., *Il principio di sussidiarietà tra retorica e realtà*, in *Non profit*, n.3/2001, 287 ss.
- Poggi A.M., *Le autonomie funzionali "tra" sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001;
- Poggi A.M., voce *Università*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. Cassese, VI vol., Milano, 2006, 6103 ss.;
- Police A., *Infrastrutture, crisi economica e ruolo del project financing e dei project bonds*, in *Munus*, n. 2/2013, 221 ss.
- Police A., *Le concessioni di servizi pubblici: regole di concorrenza e «privilegi» dell'Amministrazione*, in *Riv. trim. app.*, 1996, 376 ss.
- Pontificio Consiglio della giustizia e della pace, *Compendio della Dottrina sociale della Chiesa*, Città del Vaticano, 2004; ,
- Pontificio Consiglio della giustizia e della pace, *Dizionario di Dottrina sociale della Chiesa*, in G. Crepaldi e E. Colom (a cura di), Roma, 2005;
- Portaluri P.L., *Potere amministrativo e procedimenti consensuali. Studi sui rapporti a collaborazione necessaria*, Milano, 1998;
- Potoschnig U., *Pubblici servizi*, Padova, 1964,
- Pototschnig U., *Concessione ed appalto nell'esercizio dei pubblici servizi*, in *Jus*, 1953, 393 ss.
- Quadri G., *Diritto pubblico dell'economia*, Napoli, 1977;
- Quadrio Curzio A., *Sussidiarietà e sviluppo. Paradigma per l'Europa e per l'Italia*, Milano, 2002;
- Quaglia M.A., *Le opere di urbanizzazione tra convenzione urbanistiche e procedure di evidenza pubblica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n.5/2001, 842;
- Ramajoli M., *Concessioni di pubblico servizio e diritto comunitario*, in *Dir. amm.*, 1993, 563 ss;
- Rangone N., *I servizi d'interesse generale in Europa*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 386 ss.
- Rangone N., *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 4/2005, 433 ss.;

- Razzano G., *Il Consiglio di Stato, il principio di sussidiarietà orizzontale e le imprese*, in *Giur. it.*, n.4/2004, 718 ss.
- Razzano G., *Il principio di sussidiarietà nel progetto di riforma della Costituzione della Commissione Bicamerale*, in *Dir. società*, n. 4/1997, 523 ss.;
- Rescigno G.U., *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, n.1/2002, 5 ss.;
- Ricchi M., *La finanza di progetto nel codice dei contratti dopo il terzo decreto correttivo*, in *Urb. e app.*, n.12/2008, 1375 ss.;
- Ricchi M., *L'Architettura dei Contratti di Concessione e di Partenariato Pubblico Privato nel Nuovo Codice dei Contratti Pubblici (d.lgs. 50/2016)*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, n. 3/2016, 814 ss.;
- Ricchi M., *La nuova direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, n.7/2014, 741 ss.;
- Riccio G.M., *Le fondazioni universitarie, Analisi del D.P.R. 24 maggio 2001, n. 254*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, 141 ss.;
- Richer L., Lichère F., *Droits del contrats administratifs*, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2016,
- Richer L., *La concession en débat*, Issy-les-Moulineaux Cedex, 2014;
- Rizzo G., *La concessione di servizi*, Torino, 2012.;
- Rodotà S., *Le fonti de integrazione del contratto*, Milano, 1973.;
- Romano A., *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 468.;
- Romano S., *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1906.;
- Romano S., voce *Buona fede (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 679 ss.
- Romano S.A., *Attività di diritto privato della Pubblica Amministrazione*, in *D. disc. pubbl.*, vol. I, Torino, 1989, 531 ss.;
- Romano Tassone A., *I controlli sugli atti degli enti locali nelle leggi n. 59 e n. 127 del 1997*, in *Dir. amm.*, 1998, 60.;
- Romano Tassone A., *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in *Dir. amm.*, 2005.;

- Rossi G., *Gli enti pubblici*, Bologna 1991;
- Rossi G., *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. amm.*, n.4/2007, 685 ss.
- Rossi G., *Pubblico e privato nell'economia semi-globalizzata. L'impresa pubblica nei sistemi permeabili e in competizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n.1/2014, 39 ss.
- Rossotto R., *Contratti di sponsorizzazione: opportunità giuridiche*, in *Aedon*, n. 13/2010;
- Roversi Monaco M., *I limiti operativi delle società partecipate per i servizi pubblici locali*, in *Munus*, n. 1/2013, 89 ss.;
- Sacco R., voce *Affidamento*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 661 ss.;
- Sandulli A., *Costruire lo Stato*, Milano, 2009.
- Sandulli A., *La casa dei vetri oscurati: i nuovi ostacoli all'accesso ai documenti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 669 ss.;
- Sandulli M.A., *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in *Federalismi.it*, n. 3/2012;
- Sandulli M.A., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1984;
- Satta F., *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Padova, 1969;
- Savall S., *La SPL, un nouvel outil de gestion des services publics locaux*, in *RPD*, 2011, 753 ss.;
- Savino M., *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, n.8-9/2013, 795 ss.;
- Sciullo G., *La Biennale di Venezia come società di cultura*, in *Aedon*, n. 1/1998.
- Scotti E., *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di Giustizia*, in *Foro amm.*, 2005, 666 ss.
- Selo M., *L'utilizzo dell'istituto giuridico della sponsorizzazione in materia di beni culturali. Scavi archeologici di Ercolano e Anfiteatro Flavio di Roma, due casi a confronto*, in *Aedon*, n. 3/2014;

- Sepe S., Mazzone L., Portelli I., Vetrutto G., *Lineamenti di storia dell'amministrazione italiana (1861-2006)*, Roma, 2007;
- Severini G., *Il patrimonio culturale e il concorso dei privati alla sua valorizzazione*, in *Riv. giur. edil.*, n.6/2015, 333 ss.
- Sgueo G., *Il diritto di accesso agli atti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3/2014, 282 ss.
- Sico L., voce *Principio di sussidiarietà (diritto comunitario)*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, 1062 ss;
- Silvestri E., voce *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Milano, 1961 374 ss;
- Smith A., *Ricerche sopra la natura e le cause della ricchezza delle nazioni (1776)*, Torino, 1958
- Soldini D., *La délégation de service public, sa fonction, ses critères*, in *RFDA*, 2010, 1114 ss.;
- Sorace D., C. Marzuoli, voce *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. III, Torino, 1989, 280 ss.;
- Sorace D., *Le fondazioni universitarie (di diritto speciale)*, Torino, 2006;
- Sorace D., *Pubblico privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 1997, 51 ss.
- Sorace D., *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 371 ss.;
- Spanicciati F., *Pubblico e privato nell'accreditamento*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2016, 673 ss.
- Spasiano M.P., *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003;
- Spuntarelli S., *Questioni interpretative in ordine alla costituzione di società commerciali da parte delle Università*, in *Urb. e app.*, n.12/2011, 1461 ss.
- Starola L., *La sponsorizzazione dei beni culturali: opportunità fiscali*, in *Aedon*, n. 1/2010;
- Sticchi Damiani E., *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992;

- Stiglitz, J.E. *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, 2002;
- Strano G., Tescaroli N., *Il project financing nella sanità. Il nuovo ospedale di Venezia- Mestre*, Venezia, 2002;
- Strozzi G., *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione Europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 59 ss.;
- Taglianetti G., *I limiti del contributo pubblico e il rischio di gestione nelle procedure di project financing*, in *Riv. giur. ed.*, n.1/2013, 168 ss.
- Taglianetti G., *Il partenariato pubblico-privato e il rischio operativo: dalla tradizionale concessione di costruzione e gestione al project financing*, Napoli, 2014;
- Tamiozzo R., *La legislazione dei beni culturali e ambientali*, Milano, 1998;
- Tanini M., *La joint venture*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, 129 ss.;
- Tanzi M., *Sulle c.d. fondazioni bancarie: alcune considerazioni critiche*, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2013.
- Terrien G., *Le développement des sociétés publiques locales*, in *Dr. Adm.*, ottobre 2010, 7;
- Tesouro G., *Diritto comunitario*, Padova, 2003,
- Tizzano A., *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà*, in *Dir. un. eur.*, 1997, 229 ss;
- Tonetti A., *Lo Stato promotore e le nuove forme di interventismo economico*, in *Giorn. dir. amm.*, n.5/2016, 573 ss.
- Travi A., *Nuovi fermenti nel diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, V, 1997, 178 ss.
- Trenti E., *I limiti legislativi alla capacità di azione delle società a partecipazione pubblica*, in *Ist. Federalismo - Quaderni*, n. 2/2011, 47 ss.;
- Trimarchi Banfi F., *Considerazioni sui nuovi servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 5/2002, 945 ss;
- Trimarchi Banfi F., *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 1993, 237 ss.

- Trimarchi F., *Sistemi gestionali e forme contrattuali dell'”outsourcing” nella pubblica amministrazione (Prime riflessioni)*, in *Dir. econ.*, n.1/2002, 1 ss.
- Troise Mangoni W., *L'esercizio retroattivo del potere amministrativo. Limiti e garanzie a tutela dell'individuo*, Torino, 2016;
- Tucci M., *Appalto e concessione di pubblici servizi. Profili di costituzionalità e di diritto comunitario*, Padova, 1997;
- Tucci M., *L'amministrazione tra pubblico e privato e il principio di legalità dall'antichità ai giorni nostri: aspetti ricostruttivi e prospettive di sviluppo*, Milano, 2008;
- Tufarelli F., *Il contratto di disponibilità*, in *Giorn. dir. amm.*, n.6/2012, 606 ss.;
- Ubaud-Bergeron M., *Loi MURCEF: la définition législative des délégations de service public*, in *JCP*, 2002, 125 ss;
- Ursi R., *La Corte costituzionale traccia i con ni dell'art. 13 del decreto Bersani*, in *Giorn. dir. amm.*, n.1/2009, 11 ss.
- Ursi R., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2006, 179 ss.
- Valaguzza S., *L'attività d'impresa degli enti pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 83 ss.
- Valaguzza S., *Le sponsorizzazioni pubbliche: le insidie della rottura del binomio tra soggetto e oggetto pubblico e la rilevanza del diritto interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1402 ss
- Valaguzza S., *Società miste a partecipazione comunale: ammissibilità e ambiti*, Milano, 2012;
- Varone S., *Note in tema di affidamenti in house e diritto comunitario*, in *Foro amm.*, 2004, 2416 ss;
- Venchi Carnevale M.A., *Diritto pubblico dell'economia*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, vol. I, Padova, 1999;
- Verde C., *Il contratto di sponsorizzazione*, Napoli, 1989;

- Veronelli M., *Le sponsorizzazioni dei beni culturali*, in *Gior. dir. amm.*, 2005, 887 ss.;
- Veronelli M., *Sponsorizzazioni culturali: il caso del Colosseo e le novità legislative*, in *Dir. e prat. amm.*, 2012, 84 ss.
- Vesperini G., *Iperregolazione e burocratizzazione del sistema universitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 947 ss.;
- Vidiri G., *Il contratto di sponsorizzazione, natura e disciplina*, in *Giust. civ.*, 2001, I, 3 ss.;
- Vignudelli A., *La disciplina della finanza di progetto dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2005, 487 ss.;
- Villata R., *Pubblici servizi discussioni e problemi*, Milano, 2008;
- Vinti S., *Limiti funzionali all'autonomia negoziale della pubblica amministrazione nell'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2008;
- Vinti S., voce *Organismo di diritto pubblico*, in *www.treccani.it*, 2016.
- Vipiana P., *Il principio di sussidiarietà "verticale". Attuazioni e prospettive*, Milano, 2002;
- Virga P., voce *Contratto di diritto pubblico (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1961, 979 ss.;
- Vitale A., *La nuova disciplina comunitaria degli appalti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2004, 1128 ss.
- Viterbo A., Cisotta R., *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al Fiscal Compact*, in *Diritto dell'Unione europea*, n. 2/2012, 323 ss.;
- Viterbo A., *La riforma del patto di stabilità e di crescita*, in *Dir. econ.*, n. 1/2012, 76 ss.;
- Von Hayek F.A., in A. Petroni, S. Monti Bragadin (a cura di), *Legge, legislazione e libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, Milano, 1989;
- Zamolo V., *L'ordinamento dell'università*, Rimini, 1998;
- Zanetti L., *Art. 112*, in Marco Cammelli (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007

- Zanetti L., *Gli strumenti di sostegno alla cultura tra pubblico e privato: il nuovo assetto delle agevolazioni fiscali al mecenatismo culturale*, in *Aedon*, n. 2/2001;
- Zanetti L., *La valorizzazione dei beni culturali di appartenenza pubblica (art. 112)*, in *Aedon*, n. 1/2004;
- Zolo D., *Globalizzazione: una mappa dei problemi*, Roma-Bari, 2004;

Abstract

ITALIANO

Il presente elaborato intende approfondire il tema del Partenariato Pubblico-Privato (PPP) quale strumento sempre più attuale e rilevante, non soltanto all'interno dell'ordinamento giuridico nazionale ed europeo, segnatamente per quanto attiene disciplina che concerne i contratti pubblici e le concessioni, bensì quale premessa, oggi più che mai necessaria e strategica per sviluppare azioni e interventi di cui potersi avvalere per affrontare le molteplici e complesse sfide della crisi economica e finanziaria dominata da stringenti vincoli di finanza pubblica.

Il Capitolo I si sofferma dapprima sulla natura, le origini e le ragioni della collaborazione tra pubblico e privato e sui principi e valori posti a fondamento delle relazioni tra detti ambiti, passando alla ricostruzione in chiave squisitamente storico-giuridica dei profili identitari del PPP così come si sono sviluppati tanto nel diritto europeo quanto nel diritto interno, con un approfondimento sullo stato dell'arte del PPP nell'ordinamento giuridico francese, a seguito del recepimento delle direttive appalti e concessioni del 2014. Il successivo Capitolo II si concentra sulla dimensione contrattuale della collaborazione pubblico-privato in ambito strettamente contrattuale, dedicando particolare attenzione alle concessioni di lavori, di servizi ed alla finanza di progetto, con un *excursus* dalle origini attraverso un cammino normativo non sempre agevole, fino ai più recenti sviluppi normativi con l'entrata in vigore prima delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE e quindi del nuovo Codice dei contratti pubblici e delle concessioni (d.lgs. n. 50/2016). Il capitolo III è dedicato alle esperienze di collaborazione pubblico-privato istituzionalizzate, quali *in primis* le società miste per gestione di servizi di pubblica utilità, aventi interesse economico generale e successivamente le altre fattispecie collaborative quali le fondazioni per la gestione dei servizi, anch'essi d'interesse generale ma privi d'interesse economico, quali i servizi nell'ambito della sanità, della formazione universitaria e della ricerca scientifica.

Il Capitolo IV ha ad oggetto le esperienze di PPP sviluppate ai fini della tutela e della valorizzazione dei beni culturali e del patrimonio storico-artistico. Il Capitolo V fa conto delle criticità e delle prospettive di sviluppo del PPP quale leva necessaria per favorire e agevolare gli investimenti pubblici in tempi di crisi.

Infine, il Capitolo VI indaga la possibilità per il principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, di potere realmente evolvere da mero principio statico ispiratore delle relazioni collaborative e cooperative tra gli attori istituzionali ed i soggetti privati a modello propulsivo e dinamico di una nuova e più aggiornata strategia di crescita, per promuovere in modo adeguato ed efficiente lo sviluppo dei territori al tempo della crisi, e per favorire gli investimenti pubblici proprio attraverso gli strumenti di PPP. In un tempo in cui la nozione di pubblica amministrazione appare sempre di più declinarsi sul piano economico-finanziario per conformarsi alle previsioni stabilite in sede europea, la *ratio* ultima che deve guidare l'individuazione degli interessi pubblici da perseguire, deve misurarsi necessariamente con i crescenti vincoli di finanza pubblica e quindi non può dunque prescindere dalla valutazione circa la sostenibilità dei predetti nuovi paradigmi di collaborazione pubblico-privato.

INGLESE

The following Thesis aims at detailing the topic of the Public-Private Partnership (PPP), as an increasingly recurrent legal instrument, not just as a legal phenomenon tied with the Italian and European legal order (in particular as for public contracts and concessions) but rather as a preliminary condition that must be held in order to develop the strategies of action that the various challenges posed by the economic and financial crises require in term of limits towards the public spending.

The first Chapter (I) focuses on the nature, the origin, and the reasons behind the cooperation between public and private subjects and on the values and principles which stand at the basis of the relationship between the above mentioned ambits; we will pass through the reconstruction of the legal history of the identity of the PPP as it has been developed within EU and national law, with a specific focus on the French legal order, in particular in the aftermath of the application of the 2014 public procurement and utilities directives. The following Chapter II focuses on the contractual dimension of the Public-Private Partnership in a *stricto sensu* contractual ambit, devoting particular attention to concessions of services and to project financing, with an *excursus* from the origins, through a difficult normative pathway, until the most recent legislative developments with the entrance into force of the directives 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE and of the Code of public contracts and of the concessions (d.lgs. n. 50/2016).

Chapter III is devoted to the description of experiences institutional PPPs, *in primis* "mixed" companies established for the management of public utilities (Services having a General Economic Interest) and then to the other examples of cooperation, as foundations for the management of Social Services of General Interest, as healthcare services, secondary and higher education and scientific research.

Chapter IV has as main object the experiences of PPP developed with the specific aim of protecting and enhancing cultural and artistic heritage. Chapter V tries to describe the main challenges posed to PPP as an instrument necessary to promote public and private investments in a time of economic crisis. The last Chapter, n. VI, investigates the possibility for horizontal subsidiarity to evolve from a mere "static" principle which inspires the relationship of cooperation between private and institutional actors towards a more dynamic model propelling a fresh and timely strategy of growth, in order to promote adequately and efficiently local development in time of crisis and to favour public investments through PPP. In times where the definition of public administration is increasingly turning towards the economic and financial side in order to ensure compliance with EU law, the guiding principle which should lead the selection of the public interests to be pursued must be measured against the growing limits to public spending and cannot accordingly escape a cost-efficiency evaluation of the public-private partnership.

