



ANNO - XIX

AMBIENTE DIRITTO

Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico

Fascicolo n. 2/2019 - ISSN 1974-9562

IL POTERE DI ORDINANZA NELLA GESTIONE DELLE EMERGENZE AMBIENTALI.
[MARCO RICCI](#)

LA CORTE COSTITUZIONALE CONFERMA L'INDEROGABILITÀ DA PARTE DELLE REGIONI DELLA LEGISLAZIONE STATALE IN MATERIA DI PROTEZIONE DELLA FAUNA SELVATICA. *Nota a Corte cost. n. 217/2018.* [MATTEO PRESSI](#)

I VERBALI DI GARA NELL'ERA DELLE PIATTAFORME ELETTRONICHE DI NEGOZIAZIONE. [MARCO TERREI](#)

QUALE FUTURO PER IL TERZO SETTORE? Riflessioni alla luce del parere del consiglio di stato sul codice del terzo settore. [SILVIA DI PIETRO](#)

CARICA DELLE RISORSE IDRICHE MODELLI DI UTILIZZO: *Simulazione presso l'Unità di pianificazione idrologica dell'Alto Piranhas.* [FRANCISCA ROZÂNGELA LOPES DE SOUSA-VALTERLIN DA SILVA SANTOS](#) - [MARY DAYANE SOUZA SILVA](#) - [DANTE FLAVIO OLIVEIRA PASSOS](#)

L'INCERTA SORTE DEI CINGHIALI SELVATICI TRA VALUTAZIONE DI INCIDENZA, VALUTAZIONE AMBIENTALE STRATEGICA E ABBATTIMENTI SELETTIVI "PER RICOMPORRE SQUILIBRI ECOLOGICI". Nota alla sentenza del TAR Campania Napoli, Sez. I, n. 2690, pubblicata il 21 maggio 2019. [LORENZO BRUNO MOLINARO](#)

AMBIENTEDIRITTO - EDITORE®

ISSN 1974-9562



9 771974 956204



Anno 2019



AmbienteDiritto.it

Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico

Testata registrata presso il Tribunale di Patti (Reg. n. 197 del 19/07/2006)

ISSN 1974-9562

Direttore responsabile: **Fulvio Conti Guglia**

Direttori scientifici: **Giuseppe Albenzio** *Vice Avvocato Generale dello Stato*; **Raffaele Chiarelli** *Professore Straordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi Guglielmo Marconi*; **Claudio Rossano** *Professore Emerito di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Roma La Sapienza*.

Comitato Direttivo: **Paolo Bianchi** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Camerino*; **Simone Budelli** *Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Perugia*; **Guglielmo Cevolín** *Professore Aggregato di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Udine*; **Salvatore Cimini** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Teramo*; **Angelo Lalli** *Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi La Sapienza*; **Alfredo Morrone** *Docente a contratto di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi Chieti – Pescara*.

Comitato scientifico: **Richard Albert** *Full Professor in Constitutional Law at University of Texas at Austin*; **Domenico Amirante** *Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*; **Gaetano Armao** *Professore Aggregato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Palermo*; **Francisco Balaguer Callejón** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Granada*; **Michele Belletti** *Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Bologna*; **Mario Bertolissi** *Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Padova*; **Francesca Biondi** *Professoressa Ordinaria di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Milano*; **Elena Buoso** *Professoressa Associata di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Padova*; **Marcello Cecchetti** *Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Sassari*; **Cristiano Celone** *Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Palermo*; **Mario Pilade Chiti** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Firenze*; **Antonio Colavecchio** *Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Foggia*; **Gian Paolo Dolso** *Professore Associato di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Trieste*; **Marina D'Orsogna** *Professore Ordinario di Diritto*

Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Teramo; **Vera Fanti** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Foggia; **Renato Federici** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Roma La Sapienza; **Leonardo Ferrara** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Firenze; **Diana Urania Galetta** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Milano; **Giuseppe Garzia** Professore Aggregato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Bologna; **Paolo Giangaspero** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Trieste; **Loredana Giani** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università Europea di Roma; **Walter Giulietti** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi dell'Aquila; **Andrea Gratteri** Professore Associato di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Pavia; **Dimitris Liakopoulos** Full Professor of European Union Law in Fletcher School of Law and Diplomacy - Tufts University; **Vincenzo Lippolis** Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi Internazionali di Roma; **Fabrizio Lorenzotti** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Camerino; **Francesco Longobucco** Professore Associato di Diritto Privato (IUS/01) Università Roma Tre; **Giuseppe Losappio** Professore Associato di Diritto Penale (IUS/17) Università degli studi di Bari "Aldo Moro"; **Antonella Massaro** Professore Associato Diritto penale (IUS/17) Università degli Studi Roma Tre; **Ludovico Mazzarolli** Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Udine; **Agostino Meale** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Bari; **Cesare Mirabelli** Professore Ordinario di Diritto Ecclesiastico (IUS/11) Università degli Studi Roma Tor Vergata, Presidente Emerito della Corte costituzionale; **Stefano Nespor** Professore a contratto di Diritto Amministrativo (IUS/10) Politecnico di Milano; **Dante Flávio Oliveira Passos** Professor Adjunto de Administração, Universidade Estadual de Paraíba; **Marco Olivi** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università Ca' Foscari di Venezia; **Gabriel Doménech Pascual** Profesor Titular de Derecho Administrativo (IUS/10) Universitat de Valencia; **Paolo Passaglia** Professore Ordinario di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università di Pisa; **Aristide Police** Professore Ordinario di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Roma Tor Vergata; **Nicoletta Rangone** Professoressa Ordinaria di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università di Roma LUMSA; **Cecilia Ricci** Professoressa Associata di Storia Romana (L-ANT/03) Università degli Studi del Molise; **Maurizio Riverditi** Professore Associato di Diritto Penale (IUS/17) Università degli Studi di Torino; **Raffaele Guido Rodio** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli studi di Bari; **Roberto Romboli** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Pisa; **Tulio Raul Rosembuj** Professore Ordinario di Diritto Tributario IUS/12 (Universidad de Barcelona) e Prof. a contratto in LUISS; **Ugo Salanitro** Professore Ordinario di Diritto Privato (IUS/01) Università degli Studi di Catania; **Andrea Scella** Professore Ordinario di Diritto Processuale Penale (IUS/16) Università degli Studi di Udine; **Elisa Scotti** Professoressa Associata di Diritto Amministrativo - Docente di Diritto dell'Ambiente - (IUS/10) Università degli Studi di Macerata; **Andrea Simoncini** Professore Ordinario di Diritto Costituzionale (IUS/08) Università degli Studi di Firenze; **Sara Spuntarelli** Professoressa Associata di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi di Camerino; **Dario Elia Tosi** Professore Associato di Diritto Pubblico Comparato (IUS/21) Università degli Studi della Valle d'Aosta; **Duccio Traina** Professore Associato di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Firenze; **Silvio Troilo** Professore Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico (IUS/09) Università degli Studi di Bergamo; **Francesco Fabrizio Tuccari** Professore Associato di Diritto Amministrativo (IUS/10) Università degli Studi del Salento.

Comitato di redazione: **Antonio Mitrotti** Coordinatore (Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico comparato, Università degli Studi di Teramo); **Daniela Di Paola** (Ministero della Giustizia); **Maria Assunta Icolari** (Ricercatore Università degli Studi G. Marconi di Roma - Resp. Diritto Tributario Ambientale); **Chiara Ingenito** (Dottoranda di ricerca in Diritto Pubblico Comparato Internazionale, Università degli studi di Roma La Sapienza); **Agatino Giuseppe Lanzafame** (Assegnista di ricerca in Diritto Costituzionale Comparato, Università degli studi di Catania); **Olivia Pini** (Docente a contratto in Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Modena); **Agostino Sola** (Praticante avvocato presso

l'Avvocatura dello Stato); **Leo Stilo** (*Docente a contratto in Diritto Amministrativo, Link Campus University Executive Calabria*); **Giacomo Vivoli** (*Cultore della materia in Diritto dell'ambiente, Università degli Studi di Firenze*).

Elenco dei referees: **Giuseppe Ugo Abate** (*Università degli Studi di Palermo*); **Xavier Arbos Marin** (*Universidad de Barcelona*); **Annamaria Bonomo** (*Università degli Studi di Bari*); **Marco Brocca** (*Università degli Studi del Salento*); **Marco Calabrò** (*Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*); **Achille Antonio Carrabba** (*Università degli Studi di Bari Aldo Moro*); **Gian Franco Cartei** (*Università degli Studi di Firenze*); **Giovanni Catalisano** (*Università degli Studi di Enna Kore*); **Marta Cenini** (*Università degli Studi dell'Insubria*); **Omar Chessa** (*Università degli Studi di Sassari*); **Alberto Clini** (*Università degli Studi di Urbino "Carlo Bo"*); **Juan Carlos Covilla Martínez** (*Universidad Externado de Colombia*); **Gianni Cortigiani** (*Avvocato Distrettuale dello Stato di Firenze*); **Simona D'Antonio** (*Università degli Studi di Teramo*); **Gabriella De Giorgi** (*Università degli studi del Salento*); **Sandro De Gotzen** (*Università degli Studi di Trieste*); **Lorenzo De Gregoriis** (*Università degli Studi di Teramo*); **Maria Rosaria Di Mattia** (*Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*); **Ruggero Dipace** (*Università degli Studi del Molise*); **Enzo Di Salvatore** (*Università degli Studi di Teramo*); **Caterina Drigo** (*Università di Bologna*); **Daniela Ferrara** (*Università degli studi di Palermo*); **Giancarlo Antonio Ferro** (*Università degli Studi di Catania*); **Gianpaolo Fontana** (*Università degli Studi "Roma Tre"*); **Biagio Giliberti** (*Universitas Mercatorum*); **Francesca Guerriero** (*Avv. penalista del Foro di Roma*); **Anna Rita Iacopino** (*Università degli Studi dell'Aquila*); **Armando Lambertì** (*Università degli Studi di Salerno*); **Vito Sandro Lecce** (*Università degli Studi di Bari*); **Anna Lorenzetti** (*Università degli Studi di Bergamo*); **Marco Mancini** (*Università Ca' Foscari di Venezia*); **Donatantonio Mastrangelo** (*Università degli Studi di Bari*); **Roberto Miccù** (*Università degli Studi La Sapienza*); **Giulia Milo** (*Università degli Studi di Trieste*); **Viviana Molaschi** (*Università degli Studi di Bergamo*); **Alberto Oddenino** (*Università degli Studi di Torino*); **Sandra Regina Oliveira Passos Bragança Ferro** (*Centro Universitario Estácio da Amazônia*); **Vittorio Pampanin** (*Università degli Studi di Pavia*); **Paolo Patrìto** (*Università degli Studi di Torino*); **Vincenzo Pepe** (*Università degli studi della Campania Luigi Vanvitelli*); **Patrizia Pinna** (*Avvocato dello Stato presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Firenze*); **Mauro Pennasilico** (*Università degli Studi di Bari*); **Oreste Pollicino** (*Università Bocconi*); **Daniele Porena** (*Università degli Studi di Perugia*); **Carlo Rapicavoli** (*Direttore Generale presso Provincia di Treviso - Direttore ANCI Veneto e UPI Veneto*); **Saverio Regasto** (*Università degli studi di Brescia*); **Pierpaolo Rivello** (*Università degli Studi di Torino*); **Mariano Robles** (*Università degli Studi degli Studi di Bari*); **Paolo Rossi** (*Università degli Studi di Perugia*); **Gianluca Ruggiero** (*Università del Piemonte Orientale*); **Francesco Emanuele Salamone** (*Università degli Studi della Tuscia*); **Ciro Sbailò** (*Università degli Studi internazionali di Roma*); **Maria Stefania Scardigno** (*Università degli Studi di Bari*); **Alma Lucia Tarantino** (*Università degli Studi di Bari*); **Marco Terrei** (*Centrale di committenza del Comune di Lanciano*); **Tommaso Ventre** (*LUISS Guido Carli*).



AmbienteDiritto.it

MISSION:

Lo scopo principale della Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it (RGA) è quello di favorire il più ampio confronto interdisciplinare - a livello internazionale - nonché lo sviluppo della ricerca scientifica sulle complesse tematiche del Diritto pubblico, in senso esteso ed evoluto, con una particolare, e naturale, predilezione per l'approfondimento della materia 'interdisciplinare' del Diritto ambientale, con i suoi peculiari - e 'naturali' - risvolti costituzionali ed amministrativi (oltre che i 'connaturali' e, alle volte, inscindibili aspetti penalistici e civilistici).

La Rivista, per queste ragioni, accetta sia contributi in italiano che in qualsiasi altra lingua che, ovviamente, sia conosciuta dai referees. I componenti della Rivista, i suoi collaboratori, nonché gli autori - che, secondo le linee ANVUR sono in larghissima parte strutturati presso Università italiane e straniere - fanno parte ed aderiscono alla *mission* a titolo squisitamente gratuito.

*Tutti i contributi pubblicati nel presente fascicolo sono stati sottoposti a referaggio doppio cieco conformemente alla **Classe A – ANVUR**.*

AmbienteDiritto.it - Rivista Giuridica Telematica - Electronic Review Law Public - Via Filangeri, 19 - 98078 Tortorici ME - Tel +39 0941 421391 - Fax digitale +39 1782724258 - Mob. +39 3383702058 - info (at) ambientediritto.it - (C.C. REA): 182841 - Direttore Responsabile, Proprietario ed Editore: Fulvio Conti Guglia - C.F.: CNTFLV64H26L308W - P.IVA 02601280833 - Pubblicata in Tortorici dal 2000 Testata registrata presso il Tribunale di Patti Reg. n. 197 del 19/07/2006 - ISSN 1974-9562 - (BarCode 9 771974 956204) - Pubblicazione quotidiana in formato elettronico - Copyright AD - AmbienteDiritto - Editore[®]

INDICE:

IL POTERE DI ORDINANZA NELLA GESTIONE DELLE EMERGENZE AMBIENTALI.
[MARCO RICCI](#) Pag. 8

**LA CORTE COSTITUZIONALE CONFERMA L'INDEROGABILITÀ DA PARTE DELLE
REGIONI DELLA LEGISLAZIONE STATALE IN MATERIA DI PROTEZIONE DELLA
FAUNA SELVATICA.** Nota a Corte cost. n. 217/2018. [MATTEO PRESSI](#) Pag. 31

**I VERBALI DI GARA NELL'ERA DELLE PIATTAFORME ELETTRONICHE DI
NEGOZIAZIONE.** [MARCO TERREI](#) Pag. 37

QUALE FUTURO PER IL TERZO SETTORE? Riflessioni alla luce del parere del consiglio di
stato sul codice del terzo settore. [SILVIA DI PIETRO](#) Pag. 77

CARICA DELLE RISORSE IDRICHE MODELLI DI UTILIZZO: Simulazione presso l'Unità di
pianificazione idrologica dell'Alto Piranhas. [FRANCISCA ROZÂNGELA LOPES DE SOUSA-
VALTERLIN DA SILVA SANTOS](#) - [MARY DAYANE SOUZA SILVA](#) - [DANTE FLAVIO
OLIVEIRA PASSOS](#) Pag. 95

Nota a sentenza

**L'INCERTA SORTE DEI CINGHIALI SELVATICI TRA VALUTAZIONE DI
INCIDENZA, VALUTAZIONE AMBIENTALE STRATEGICA E ABBATTIMENTI
SELETTIVI "PER RICOMPORRE SQUILIBRI ECOLOGICI".** Nota a sentenza del TAR
Campania Napoli, Sez. I, n. 2690, pubblicata il 21 maggio 2019. [LORENZO BRUNO
MOLINARO](#) Pag. 112



AmbienteDiritto.it

IL POTERE DI ORDINANZA NELLA GESTIONE DELLE EMERGENZE AMBIENTALI

Marco Ricci

Abstract:

Il presente contributo si propone di passare in rassegna le diverse tipologie del potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti in materia ambientale. I settori di intervento e i soggetti titolari del predetto potere sono molteplici, ragion per cui, ricostruito il quadro complessivo, se ne verificherà la tenuta, nonché le criticità e gli aspetti positivi.

The paper aims to analyze the derogatory administrative orders for the environmental conservation. Several administrations are empowered to adopt these orders, so it's necessary to study the overall legal framework in order to verify its critical issues and its positive aspects.

INDICE:

1. L'amministrazione dell'emergenza; **2.** Il potere della pubblica amministrazione di adottare ordinanze contingibili e urgenti; **3.** Il potere di ordinanza della pubblica amministrazione e le emergenze ambientali; **3.1.1.** Il potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti in materia di rifiuti disciplinato dal Codice dell'ambiente; **3.1.2.** I poteri di ordinanza previsti dal TUEL ed esercitabili anche in materia ambientale; **3.1.3.** Il potere di ordinanza secondo il modello della protezione civile; **3.1.4.** Gli ulteriori poteri di ordinanza per le emergenze ambientali; **4.** Conclusioni.

1. L'amministrazione dell'emergenza.

La nozione di "emergenza", con riferimento all'esercizio del pubblico potere, richiama l'«insieme delle situazioni a fronte delle quali la normale scansione delle fasi in cui si articola ogni procedimento amministrativo non è né idonea, né sufficiente alla cura dell'interesse pubblico per il quale il relativo potere è stato attribuito a determinate amministrazioni pubbliche da una particolare fonte di produzione normativa»¹. Il concetto di emergenza, che è collegato a quelli di "necessità" e di "eccezione", nel corso degli anni ha avuto una metamorfosi. In età liberale, periodo in cui si registrano le prime riflessioni in merito, la nozione di "emergenza" veniva riferita allo stato di «eccezionale necessità, giuridicamente delimitata e fronteggiata con gli strumenti delle ordinanze contingibili ed urgenti o dello stato d'assedio, aventi come fine primario se non esclusivo la tutela della sicurezza e dell'incolumità dei cittadini»². Successivamente, l'emergenza ha assunto una diversa connotazione, essendosene attenuato il carattere di eccezionalità; l'accresciuta complessità delle società e il conseguente aumento dei conflitti hanno reso l'emergenza una parte sempre più integrante della vita quotidiana, al punto tale da doverne fornire un'interpretazione estesa anche all'attività di prevenzione dei rischi. È in tale contesto che si colloca la nozione di "amministrazione dell'emergenza", la quale, come anticipato, va affiancata alla nuova prospettiva della c.d. "amministrazione del rischio"³.

L'amministrazione dell'emergenza può essere inquadrata da diverse prospettive. In primo luogo, ci si può riferire alla particolare veste assunta dall'azione amministrativa nei casi di emergenza, specie con riferimento al rapporto tra norma e fatto; in tal senso, occorre indagare le modalità con cui il pubblico potere può essere esercitato, nel contesto di uno Stato di diritto, al ricorrere di un fatto imprevedibile. In secondo luogo, dal punto di vista

¹ F. TEDESCHINI, voce *Emergenza (dir. amm.)*, in *Diritto on line*, http://www.treccani.it/enciclopedia/emergenza-dir-amm_%28Diritto-on-line%29/2017

² M.A.CABIDDU, *Necessità ed emergenza: ai confini dell'ordinamento*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 2, pp. 168 ss..

³ C. MARZUOLI, *Il diritto amministrativo dell'emergenza: fonti e poteri*, in AA.VV., *Annuario AIPDA 2005, Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 11; U. BECK, *La società del rischio*, Carocci, Roma, 2002, p. 31.

oggettivo, la nozione di amministrazione dell'emergenza, inquadrata nella c.d. "società del rischio", può rappresentare un valido complemento dell'"amministrazione del rischio" nella gestione di situazioni di pericolo. Una terza sfaccettatura della nozione in esame, infine, riguarda i profili organizzativi dell'amministrazione funzionali a fronteggiare le emergenze. In base a questa terza configurazione si possono individuare due modelli: un primo è quello della protezione civile, appositamente deputato alla gestione delle emergenze; un secondo modello, invece, è integrato dal complesso delle amministrazioni che, dotate di competenze nei settori in cui le situazioni di emergenza si verificano più frequentemente (ambiente, sanità, sicurezza), al ricorrere delle suddette evenienze possono esercitare le necessarie funzioni di gestione⁴. Le diverse configurazioni dell'amministrazione dell'emergenza sono parte di un unico assetto comprendente una pluralità di soggetti che agiscono con modalità differenti⁵.

Le funzioni dell'amministrazione dell'emergenza sono due: quella della prevenzione e quella della gestione. La prima funzione consiste nello studio dei dati finalizzato a predisporre strategie di prevenzione di eventi emergenziali, ovvero misure limitative delle conseguenze degli eventi suddetti; la seconda funzione viene svolta successivamente al verificarsi degli eventi di cui sopra e per gestirne il decorso. I diversi soggetti che partecipano all'amministrazione dell'emergenza non si occupano esclusivamente della prevenzione o della gestione; ciascuna amministrazione può svolgere entrambi i compiti, ma con un livello differente di intensità e di specializzazione. Da tali considerazioni, dunque, si ricava una conferma del fatto che la nozione di amministrazione dell'emergenza sintetizza molteplici componenti, soggettive ed oggettive, tra loro complementari⁶.

⁴ F. GIGLIONI, voce *Amministrazione dell'emergenza*, in *Enc. dir.*, ann. VI., Giuffrè, Milano, 2013, pp. 44 – 46 e p. 58.

⁵ A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, il Mulino, Bologna, 2008, p. 224.

⁶ *Ivi*, p. 161.

2. Il potere della pubblica amministrazione di adottare ordinanze contingibili e urgenti.

Uno strumento tipico dell'amministrazione dell'emergenza è il potere della pubblica amministrazione di adottare ordinanze contingibili e urgenti, definite anche come *extra ordinem*. Quest'ultime costituiscono una *species* del *genus* delle ordinanze che, in linea generale, garantiscono l'osservanza di leggi o di regolamenti e che, dunque, possono essere definite come "ordinarie" o "normali".

Le ordinanze di necessità ed urgenza, come osservato da autorevole dottrina, costituiscono una delle quattro classi di diritto obiettivo in cui possono essere rientrare i poteri di emergenza. Nelle altre tre classi si collocano, in primo luogo, gli studi sul diritto non scritto e le elaborazioni sul potere costituente, con particolare riferimento ai fenomeni della rivoluzione o del colpo di Stato; in secondo luogo, vi sono le riflessioni in materia di sospensione dei diritti costituzionali, anche con riferimento alla nozione di stato di assedio interno o civile, che il Governo dichiara per far fronte a svariate situazioni tra le quali, ad esempio, le agitazioni politico – sociali o i fenomeni naturali; un importante ruolo, poi, è quello del decreto legge e dei poteri straordinari del Governo in tempo di guerra; infine, si ricordano proprio le ordinanze contingibili e urgenti⁷.

La categoria delle ordinanze *extra ordinem*, in linea generale, comprende svariate tipologie di provvedimenti e, tra i principali, si ricordano: le ordinanze contingibili e urgenti del Sindaco, disciplinate dagli artt. 50 e 54 del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali (d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, da ora TUEL); le ordinanze dell'autorità di pubblica sicurezza di cui all'art. 216 del r.d. 18 giugno 1937, n. 73 (recante il T.U. delle leggi di pubblica sicurezza); le ordinanze rientranti nel modello della protezione civile, per lungo tempo

⁷ R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. pubb.*, 2005, 1, pp. 777 – 778.

disciplinate dalla l. 24 febbraio 1992, n. 225 (relativa all'«Istituzione del Servizio Nazionale della Protezione Civile») e di cui oggi si occupa il Codice della protezione civile; infine, va ricordato che, tra le funzioni e i compiti amministrativi attribuibili alle Regioni e agli Enti Locali, vi è anche quella dell'adozione di provvedimenti contingibili e urgenti previsti dalla legge (art. 1, comma 2 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, relativa al «Conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle regioni ed agli enti locali, in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59»)⁸.

Le ordinanze contingibili e urgenti si caratterizzano per la necessaria conformità alle norme costituzionali e ai principi dell'ordinamento giuridico. Le ordinanze, poi, debbono avere un'efficacia limitata nel tempo (tenuto conto delle esigenze della necessità e dell'urgenza), un'adeguata motivazione e un'efficace pubblicazione nei casi in il cui provvedimento non abbia carattere individuale. Le ordinanze devono basarsi su di una specifica autorizzazione legislativa che ne indichi il presupposto, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata, e possono avere un'efficacia derogatoria rispetto alla legge, ma non abrogativa, né modificativa di quest'ultima; inoltre, occorre osservare il rispetto della riserva di legge. Un ulteriore carattere è quello dell'adeguatezza allo scopo perseguito; in tal senso, dovrà ricorrere un nesso di strumentalità tra l'emergenza e le misure di gestione di quest'ultima, rispettando i principi di proporzionalità e di ragionevolezza⁹.

Un aspetto lungamente dibattuto riguarda la natura giuridica dell'ordinanza *extra ordinem*. Nel decennio successivo all'entrata in vigore della Costituzione, infatti, a seguito dei contrasti tra Governo e opposizioni, si è assistito ad un moltiplicarsi delle ordinanze prefettizie che vietavano le affissioni di manifesti politici o la vendita di giornali a domicilio. Tale circostanza ha alimentato un intenso dibattito sulla natura delle ordinanze, a seguito del quale la giurisprudenza della Corte costituzionale ne ha riconosciuto la natura

⁸ E. CASSETTA., *Manuale di diritto amministrativo*, XIX ed., Giuffrè, Milano, 2017, p. 370.

⁹ Corte cost., 2 luglio 1956, n. 8, 23 maggio 1961, n. 26, 3 aprile 1987, n. 100, 3 maggio 1987, n. 201.

amministrativa e non normativa¹⁰. Conseguentemente, anche il potere di ordinanza ha una natura amministrativa in senso tecnico, ma atipico. Ciò in virtù della predetta circostanza per cui le norme sul potere di ordinanza non ne indicano il contenuto; dunque, il predetto provvedimento potrà produrre effetti diversi¹¹. In alcuni casi, per altro, la legge consente di esercitare il potere in situazioni diverse da quelle normativamente previste, ovvero mediante procedure alternative. Ancorché la legittimità del potere di ordinanza sia stata riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale, il tema del rispetto del principio di legalità e delle garanzie che debbono sovrintendere all'esercizio del suddetto potere rimane aperto. Invero, nel potere di ordinanza la componente autoritaria dell'intervento va considerata fisiologica, data la necessità di fronteggiare situazioni in cui determinate garanzie, come ad esempio quella della partecipazione procedimentale, non possono essere prestate pienamente. Proprio per questo motivo, va individuato un punto di equilibrio tra l'esigenza di gestire l'emergenza e quella di non oltrepassare determinati limiti propri di uno Stato di diritto. In tal senso, sono stati individuati quattro ordini di garanzie, rispettivamente consistenti nelle norme e nei principi costituzionali, negli aspetti organizzativi, nelle garanzie procedimentali e, infine, nei controlli amministrativi e giurisdizionali. Ricollegato al primo ordine di garanzie è il rispetto del principio di legalità, che implica l'osservanza della riserva assoluta di legge, nonché dei principi di uguaglianza e buon andamento dell'azione amministrativa. Con riferimento, invece, agli aspetti organizzativi, emblematico è l'esempio del sistema della protezione civile, appositamente concepito per fronteggiare situazioni di emergenza laddove la singola amministrazione non possa provvedervi autonomamente; il modello della protezione civile nasce proprio per gestire quelle situazioni in cui sia necessario un accentramento di quei

¹⁰ Le pronunce della Corte Costituzionale nn. 8 del 1956 e 26 del 1961 confermano la natura amministrativa delle ordinanze; tuttavia, nella sentenza n. 4 del 4 gennaio 1977, sarebbe stata ammessa la possibilità che le ordinanze potessero avere una "natura normativa", sebbene non potessero essere considerate come fonti del diritto; ci si è chiesti, però, in che cosa possa consistere la natura normativa delle ordinanze, se non nella produzione di norma giuridiche (si v. G. MARAZZITA, *Il conflitto tra autorità e regole: il caso del potere di ordinanza*, in *Rivista AIC*, 2010, 4, p. 33). Anche parte della dottrina continua ad attribuire alle ordinanze la natura di fonte del diritto (si v. ad esempio A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi editore, 2005, p. 61.

¹¹ V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 2, p. 355.

poteri che, ordinariamente, sono distribuiti tra più amministrazioni. Per quanto riguarda le garanzie procedimentali, i principi dell'attività amministrativa, adeguatamente contestualizzati in situazioni in cui occorrerà garantirne un certo margine di flessibilità, forniscono un importante contributo assieme al principio di precauzione. Relativamente al controllo giurisdizionale, non è in dubbio la sua esperibilità, dovendosi sindacare lo svolgimento di un'attività, quale quella di gestione delle emergenze, dal carattere amministrativo. Il problema, semmai, potrebbe essere rappresentato dal fatto che il suddetto controllo debba operare *ex post*, con la conseguenza per cui esso possa sfociare nell'adozione di misure nel migliore dei casi ripristinatorie, oppure risarcitorie; queste ultime, con riferimento alla particolare incidenza dei provvedimenti di emergenza, potrebbero non risultare efficaci avverso comportamenti illegittimi o illegali¹². Inoltre, si vedrà che, in alcune situazioni, il sindacato giurisdizionale non opera nelle migliori condizioni per poter garantire risultati efficaci.

Le modalità di esercizio del potere di ordinanza possono assumere due diverse configurazioni. Da un lato, il potere di ordinanza può essere esercitato secondo il diritto amministrativo c.d. "comune", dove con l'aggettivo comune si fa riferimento al tradizionale modello di disciplina su cui più volte la giurisprudenza costituzionale si è espressa e di cui sono titolari, ad esempio, il Prefetto o il Sindaco; dall'altro lato, il potere di ordinanza viene diversamente regolamentato nell'ambito della disciplina della protezione civile, con una sua conseguente peculiare collocazione nel quadro ordinamentale. In particolare, rispetto al tradizionale modello dei poteri di ordinanza, quello caratteristico del sistema della protezione civile si caratterizza per un procedimento più composito e, per tale motivo, più garantistico; tuttavia, l'esercizio del potere di ordinanza secondo questo modello speciale fa sì che interi settori dell'attività amministrativa vengono disciplinati in maniera alternativa

¹² A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., pp. 243 ss.. Un caso in cui il giudice amministrativo ha condannato un'amministrazione comunale al risarcimento del danno derivante da un'illegittima ordinanza in materia ambientale è quello di cui alla sentenza del Tar Campania, Napoli, sez. V, 7 gennaio 2016, n. 11.

rispetto ai tradizionali schemi del diritto amministrativo. Ragion per cui, è stato ritenuto che, nell'ambito del vero e proprio "diritto dell'emergenza", potrebbe essere collocato proprio il potere di adottare ordinanze secondo il modello della protezione civile, dovendosi attribuire a tale tipologia di potere il carattere della straordinarietà¹³.

3. Il potere di ordinanza della pubblica amministrazione e le emergenze ambientali.

Uno dei principali settori in cui il potere di ordinanza viene esercitato avverso le situazioni di emergenza è quello ambientale. La giurisprudenza costituzionale e quella amministrativa hanno evidenziato che, in questo specifico campo ma non solo, l'ordinanza *extra ordinem* non svolge una funzione sanzionatoria di comportamenti o omissioni; invero, il provvedimento salvaguarda esigenze primarie della collettività, ragion per cui possono essere sacrificati anche interessi di soggetti determinati, purché vengano rispettati ragionevoli limiti temporali ed oggettivi, nonché le idonee garanzie procedurali. La materia ambientale, inoltre, è strettamente collegata a quelle dell'igiene e della salute pubblica, in quanto le questioni inerenti questi ultimi ambiti originano spesse volte da emergenze ambientali; conseguentemente, nelle ordinanze *extra ordinem* il concetto di protezione dell'ambiente possiede necessariamente una spiccata connotazione in senso estensivo ed evolutivo¹⁴. Nonostante la Corte costituzionale e il giudice amministrativo abbiano individuato i caratteri del potere d'ordinanza, in materia ambientale l'esercizio del suddetto potere è oggetto di un intenso dibattito in ordine ad un suo presumibile abuso. Infatti, alle volte il potere di ordinanza verrebbe esercitato in assenza di reali situazioni emergenziali o, comunque, per fare fronte a evenienze in cui il carattere dell'emergenza è il risultato di un'inefficiente azione amministrativa in via ordinaria. Di tale problema si fornirà

¹³ V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., pp. 367 ss..

¹⁴ Corte cost., 14 luglio 2006, n. 284 (espressasi con riferimento alle ordinanze di protezione civile).

un inquadramento passando in rassegna le diverse tipologie di ordinanze contingibili e urgenti adottabili in materia ambientale.

3.1.1. Il potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti in materia di rifiuti disciplinato dal Codice dell'ambiente.

Il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante le “*Norme in materia ambientale*” e conosciuto anche come Codice dell'ambiente, consente di emanare ordinanze contingibili e urgenti in materia di gestione dei rifiuti (art. 191). Il Codice dell'ambiente disciplina un potere di ordinanza anche in altri ambiti, ad esempio quelli della bonifica dei siti contaminati e delle emissioni in atmosfera di impianti e attività (rispettivamente agli artt. 244 e 278). Tuttavia, le ordinanze relative a queste ultime materie non possiedono il carattere della contingibilità e dell'urgenza e, dunque, non verranno esaminate nella presente trattazione¹⁵.

L'art. 191 del Codice dell'ambiente è stato adottato a seguito di un lungo percorso normativo¹⁶. Secondo tale norma, il potere di adottare le ordinanze *extra ordinem* spetta al Presidente della Giunta regionale, al Presidente della provincia o al Sindaco, nell'ambito delle rispettive competenze; in situazioni di necessità e urgenza, nonché in deroga alle disposizioni vigenti ma in linea con le direttive dell'Unione europea, i titolari del potere in commento possono ricorrere a forme speciali di gestione dei rifiuti in via temporanea. L'art. 191 impone di comunicare il provvedimento al Presidente del Consiglio dei Ministri, ai

¹⁵ La giurisprudenza amministrativa ha chiarito tale aspetto con riferimento, ad esempio, alle ordinanze per la bonifica dei siti contaminati di cui all'art. 244 del Codice dell'ambiente (Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 31 maggio 2010, n. 959 del).

¹⁶ Tale percorso è iniziato col d.P.R. 915/1982, adottato per dare attuazione alle direttive comunitarie n. 75/442 CEE, n. 76/403 CEE e n. 78/319 CEE. La disposizione di riferimento del decreto sopra citato è l'art. 12, disciplinante un potere di ordinanza attribuito al Presidente della Giunta regionale, al Sindaco ovvero, nel caso di emergenze a carattere interregionale, al Ministro della Sanità. L'art. 12 del d.P.R. 915/1982 va ad affiancarsi all'art. 32 della l. 833/1978, che attribuiva ai medesimi soggetti di cui sopra il potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti per tutelare la salute pubblica. Successivamente, è intervenuto il d.lgs. 22/1997 (c.d. decreto “Ronchi”), il quale ha dettato una nuova disciplina in materia, specie con riferimento ad un assetto di competenze per la cui definizione è stata manifestata una certa preferenza per gli organi di governo di regioni ed enti locali; invero, l'art. 13 del decreto predetto, nel disciplinare il potere di ordinanza, si riferisce al Presidente della Giunta regionale, al Presidente della Provincia e al Sindaco, ciascuno nel proprio ambito territoriale e per le materie di propria competenza.

Ministri dell'ambiente, della salute e delle attività produttive, nonché al Presidente della regione, entro tre giorni dall'adozione. L'efficacia delle ordinanze è di massimo sei mesi e le stesse possono essere reiterate per non più di diciotto mesi salvo comprovate necessità, che consentono di derogare al predetto termine.

L'art. 191 presenta alcune peculiarità rispetto alla normativa previgente e, in particolare, all'art. 13 del d.lgs. 22/1997, che disciplinava il medesimo potere di ordinanza. In primo luogo, l'art. 191 va letto congiuntamente all'art. 3 *bis*, comma 2 del Codice dell'ambiente, che esplicita i principi generali in materia ambientale, valevoli anche per i provvedimenti contingibili e urgenti. Il potere di ordinanza in materia di rifiuti, dunque, va esercitato nel rispetto dei principi dell'azione ambientale, dello sviluppo sostenibile, della sussidiarietà e leale collaborazione, nonché di accesso alle informazioni e di partecipazione al procedimento. In secondo luogo, aumentano i soggetti cui devono essere comunicati i provvedimenti (in particolare, si aggiungono il Presidente del Consiglio, il Ministro delle Attività produttive); tale ampliamento consente un più forte controllo statale sui provvedimenti d'urgenza delle autorità locali¹⁷. Se, da un lato, sussistono i predetti aspetti di differenziazione tra l'art. 191 e la disciplina previgente, dall'altro lato vi è chi ha definito l'art. 191 stesso come "norma fotocopia" dell'art. 13 del d.lgs. 22/1997; invero, le due norme sarebbero accomunate dal contenuto delle rispettive rubriche, dai presupposti per l'esercizio del potere, nonché dalle garanzie che, spesso solo da un punto di vista formale, caratterizzano il provvedimento¹⁸. L'art. 191, come poc'anzi accennato, prevede un termine oltre il quale non è possibile reiterare l'adozione di un'ordinanza emergenziale, pari a diciotto mesi; tuttavia, la norma stessa consente di derogare a tale termine per ragioni di comprovata necessità¹⁹. Tale previsione, però, non è stata adottata per garantire una più

¹⁷ A. CARAPELUCCI, *Le ordinanze contingibili e urgenti in materia di rifiuti: la nuova declinazione di un istituto controverso*, in *AmbienteDiritto.it*, 2009, pp. 9 ss..

¹⁸ R. FERRARA, *Potere di ordinanza fra necessità e legalità: la "storia infinita" delle tutele ambientali extra ordinem*, in *Foro amministrativo T.a.r.*, 2007, 9, p. 2914.

¹⁹ La modifica è stata apportata con l'art. 9, comma 8 del d.l. 90/2008, convertito in l. 123/2008.

efficace gestione delle emergenze. La scelta del legislatore è derivata dalla necessità di ovviare ad un'inefficienza della pubblica amministrazione in materia di rifiuti, con specifico riferimento all'emergenza che ha colpito la Regione Campania dalla metà degli anni 90' sino al 2009. La modifica legislativa apportata, dunque, è un importante segnale del principale problema delle ordinanze contingibili e urgenti in materia ambientale, quale l'abuso di queste ultime per fronteggiare situazioni che non si caratterizzano per l'elemento dell'urgenza. La volontà di prevenire un abuso del potere di ordinanza ex art. 191 del d.lgs. 152/2006 può essere ravvisata, in primo luogo, dalla posizione assunta dal Ministero dell'ambiente. In tal senso, la Circolare del 22 aprile 2016 chiarisce che «*le ordinanze contingibili e urgenti adottate al fine di ovviare alle inadempienze e ai ritardi delle Amministrazioni violano il dettato di cui all'art. 191*»²⁰; inoltre «*la durata del provvedimento deve imprescindibilmente essere collegata al perdurare dello stato di necessità che ha imposto l'adozione del relativo atto, dovendo inoltre essere contenuta al minor tempo possibile idoneo a fronteggiare lo state emergenziale*».

La giurisprudenza amministrativa, da par suo, ha individuato un punto di equilibrio nell'uso delle ordinanze contingibili e urgenti ex art. 191. Invero, da un lato si stigmatizza l'improprio utilizzo delle ordinanze, se adottate per sopperire a delle inefficienze nell'uso degli ordinari strumenti amministrativi in materia di rifiuti²¹; in tal senso, l'attenzione viene prestata proprio all'elemento dell'urgenza quale presupposto su cui il provvedimento deve basarsi e in assenza del quale non è legittimo l'uso del provvedimento *extra ordinem*²². Dall'altro lato, ancorché l'emergenza sia causata da una situazione di rischio anche risalente nel tempo, si ritiene che ciò non debba precludere l'adozione dell'ordinanza; invero, la valutazione della situazione emergenziale va condotta alla luce di un'effettiva e oggettiva

²⁰ Tale affermazione va collocata nell'ambito di un ragionamento sull'abuso dello strumento dell'ordinanza contingibile e urgente per "aggirare" la normativa in materia di contratti pubblici, al fine di prorogare indebitamente gli affidamenti dei servizi pubblici.

²¹ Recentemente, si v. Tar Sicilia, Palermo, 29 gennaio 2018, n. 252.

²² Cons St., sez. VI, 24 marzo 2006, n. 1537, in *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 3; Tar Campania, Napoli, sez. V, 8 febbraio 2006, n. 1778, in *Urbanistica e appalti*, 2006.

sussistenza di una situazione emergenziale²³. In altri termini, l'ordinanza non può assecondare l'inerzia dell'amministrazione, contribuendone al protrarsi, ma deve comunque "tamponare" le conseguenze di quest'ultima, qualora da queste derivi una situazione di pericolo attuale. Parte della dottrina, nel prendere atto di questa posizione del giudice amministrativo, evidenzia però che il problema si sposterebbe sul piano dell'apprezzamento discrezionale delle formule legislative in materia di emergenza; invero, tale apprezzamento, stante lo scarso valore tecnico - giuridico del concetto di emergenza, potrebbe dare luogo a valutazioni di natura politica, con il conseguente perpetrarsi delle situazioni di abuso dell'ordinanza *extra ordinem*²⁴. Gli sforzi compiuti al fine di contenere un abuso del potere di ordinanza ex art. 191 sono stati molteplici. La stessa formulazione legislativa, salvo la previsione di una reiterazione delle ordinanze oltre i diciotto mesi, ha tentato di circoscrivere i presupposti e, soprattutto, il campo delle valutazioni discrezionali operabili. Tali sforzi, anche se non in modo pieno, sembrano aver fruttato in sede applicativa. Pur non sussistendo statistiche puntuali in merito, sembra che svariati provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 191 abbiano previsto le misure strettamente necessarie al contrasto dell'emergenza, esclusivamente per un tempo limitato²⁵.

3.1.2 I poteri di ordinanza previsti dal TUEL ed esercitabili anche in materia ambientale.

Il d.lgs. 267/2000 (TUEL) attribuisce alle autorità di vertice degli enti locali importanti poteri di emanare ordinanze contingibili e urgenti anche in materia ambientale. Ci si riferisce

²³ Tale posizione caratterizza l'orientamento della giurisprudenza amministrativa in maniera costante. Sul punto, si v. Cons. St., sez. V, 9 novembre 1998, n. 1585, in *Foro amm.*, 1998, 11; Cons. St., sez. V, 2 dicembre 2002, n. 6624, in *Corr. Giur.*, 2003, 3, p. 302; Cons. St., sez. VI, 11 ottobre 2001, n. 658; Cons. St., sez. V, 16 febbraio 2010, n. 868 e 10 febbraio 2010, n. 670.

²⁴ R. FERRARA, *Potere di ordinanza fra necessità e legalità: la "storia infinita" delle tutele ambientali extra ordinem*, in *Foro amministrativo T.a.r.*, 2007, 9, p. 2914.

²⁵ G. MARAZZITA, *L'irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2011, 2, p. 18.

agli artt. 50 e 54, ai quali si è addivenuti dopo un percorso normativo che si è protratto sin dagli inizi del 900²⁶.

Gli artt. 50, comma 5 e 54, comma 4 consentono al Sindaco di emanare ordinanze contingibili e urgenti, rispettivamente in qualità di rappresentante della comunità locale e di ufficiale di Governo; inoltre, il comma 6 dell'art. 54 disciplina un ulteriore potere di ordinanza *extra ordinem* in casi di emergenza legati al traffico o all'inquinamento atmosferico o acustico, ovvero in circostanze di particolari necessità dell'utenza o per motivi di sicurezza urbana²⁷. L'art. 54, a seguito dell'emanazione del d.l. 13 maggio 2008, n. 92, convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125, ha subito un'importante revisione, consistente nell'attribuzione al Sindaco del potere di adottare provvedimenti contingibili e urgenti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, al fine di prevenire e di eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità pubblica e la sicurezza urbana. Tuttavia, la sentenza della Corte Costituzionale n. 115/2011 ha imposto nuove modifiche²⁸. Più di recente, dunque, è intervenuto il d.l. 20 febbraio 2017, n. 14, convertito in l. 18 aprile 2017, n. 48, con cui gli artt. 50 e 54 del TUEL

²⁶ Una prima disposizione di riferimento è stata l'art. 153 del T.U. della legge comunale e provinciale, di cui al R.D. 4 febbraio 1915 n. 148, che consentiva al Sindaco di adottare ordinanze *extra ordinem* in materia di sicurezza pubblica (con una serie di specificazioni in merito) e di igiene pubblica. Il contenuto dell'art. 153 riproduce quanto era già stato definito in una serie di disposizioni antecedenti, prima delle quali l'art. 104 dell'all. A della l. 20 marzo 1865, n. 2248. Successivamente, con l'entrata in vigore del R.D. 3 marzo 1934, n. 383, recante il T.U. della legge comunale provinciale, la situazione viene a cambiare. Infatti, sempre con riferimento al Sindaco, l'art. 55 della fonte sopracitata presenta un contenuto analogo a quello dell'art. 153 del T.U. 148/1915, con in aggiunta la previsione di un intervento sostitutivo del Prefetto in caso di inerzia del Podestà (denominazione del capo dell'amministrazione comunale in periodo fascista). L'art. 20 del T.U. 383/1934 disciplina anche un potere di ordinanza di urgenza specificamente di competenza del Prefetto in svariate materie tra cui, per una ragione di afferenza a quella ambientale, va citata quella della sanità pubblica; inoltre, l'art. 19 della fonte da ultimo richiamata attribuisce sempre al Prefetto un più generale potere di ordinanza esercitabile in caso di urgenti necessità legate al pubblico interesse. Un'ulteriore importante fase di sviluppo normativo è coincisa con l'adozione della l. 23 dicembre 1978, n. 833 («Istituzione del Servizio Sanitario Nazionale»); l'art. 32 di quest'ultima redistribuisce il potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti, a seconda dell'ambito territoriale di efficacia, tra il Ministro della Sanità, il Presidente della Giunta regionale ed il Sindaco. Le materie di riferimento sono sempre quelle dell'igiene e della sanità pubblica. Un ultimo passaggio legislativo è rappresentato dalla promulgazione della l. 8 giugno 1990, n. 142 («Ordinamento delle autonomie locali») che, in primo luogo, abroga quasi totalmente i T.U.U. del 1915 e del 1934 con l'art. 64, comma 1. L'art. 38 della predetta fonte, invece, disciplina il potere di ordinanza d'urgenza del Sindaco, non innovando nulla rispetto al precedente assetto. Per il presente quadro normativo, nonché ulteriori approfondimenti in merito ai singoli provvedimenti normativi antecedenti le norme di riferimento di cui al TUEL, si v. F. ANDRONIO, *Le ordinanze di necessità e urgenza per la tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 167 ss..

²⁷ Per un approfondimento specifico sul tema si v. CAVALLO PERIN R., ROMANO A., *Commentario breve al Testo Unico sulle Autonomie Locali (D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267)*, Cedam, Padova, 2006, pp. 342 ss. e 361 ss..

²⁸ Invero, la Corte ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 54, comma 4 che, ponendo la locuzione «anche» prima dell'espressione «contingibili e urgenti», avrebbe consentito un esercizio del potere di ordinanza sostanzialmente senza limiti, con conseguente contrasto col principio di legalità.

sono stati rivisti. In particolare, per quanto di specifico interesse nell'ambito del presente contributo, al Sindaco, quale rappresentante della comunità locale, è stato attribuito l'ulteriore potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti per *«in relazione all'urgente necessità di interventi volti a superare situazioni di grave incuria o degrado del territorio, dell'ambiente e del patrimonio culturale o di pregiudizio del decoro e della vivibilità urbana, con particolare riferimento alle esigenze di tutela della tranquillità e del riposo dei residenti, anche intervenendo in materia di orari di vendita, anche per asporto, e di somministrazione di bevande alcoliche e superalcoliche»*.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, per l'esercizio del potere sindacale di adottare le ordinanze *extra ordinem* occorre una situazione eccezionale, non tipizzata a livello legislativo e alla quale non si possa rimediare con gli strumenti ordinari; inoltre, sono necessarie un'adeguata istruttoria e una idonea motivazione. Infine, anche in questo caso deve sussistere la contingibilità della situazione, alla quale deve potersi porre rimedio con un intervento non rinviabile e la cui estensione temporale sia limitata²⁹.

Le ordinanze sindacali consentono di fronteggiare un ampio spettro di evenienze emergenziali, tra cui rientrano a pieno titolo quelle di natura ambientale, specie in materia di gestione dei rifiuti e di inquinamento urbano³⁰. In particolare, sembra che le ordinanze sindacali in materia ambientale siano adottate soprattutto ai sensi dell'art. 50, comma 5 TUEL³¹.

Data la peculiarità del quadro normativo e fattuale che contraddistingue la materia dell'ambiente, il giudice amministrativo ha contestualizzato e adattato le indicazioni generali

²⁹ Cons St., sez. V, 21 febbraio 2016, n. 774, 24 luglio 2016, n. 3369 e 22 marzo 2016, n. 1189.

³⁰ In tal senso, si v. ANCI – CITTALIA, *Per una città sicura: dalle ordinanze agli strumenti di pianificazione e regolamentazione della convivenza cittadina*, 2012; ANCI – CITTALIA, *Le ordinanze dei sindaci sulla sicurezza urbana: i primi risultati della ricerca ANCI e Cittalia*.

³¹ Evidenzia questo aspetto G. MARAZZITA, *L'irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, cit., p. 7.

relative al potere di ordinanza sindacale. In particolare, è stata evidenziata la necessità di non abusare dell'ordinanza sindacale di cui al TUEL in luogo delle altre ordinanze "ordinarie" disciplinate dalla normativa ambientale; ciò, ad esempio, nel caso dell'uso di un'ordinanza sindacale in luogo di quella di cui all'art. 192 del Codice dell'ambiente in materia di rifiuti³²; un'eccezione, però, riguarda il caso in cui l'adozione nei normali rimedi offerti dall'ordinamento non possa essere garantita tempestivamente³³. L'ordinanza sindacale, inoltre, non potrà essere adottata qualora siano già in essere misure, non per forza amministrative, che consentano di prevenire eventuali pregiudizi; tale aspetto è stato puntualizzato in un caso di emanazione di un'ordinanza sindacale di chiusura di un impianto di recupero di rifiuti non pericolosi, per il quale era stata già revocata l'autorizzazione integrata ambientale ed era stato disposto il sequestro preventivo da parte del Gip³⁴. L'esigenza di una prevenzione dei rischi può per altro integrare, in sé per sé, un fattore emergenziale legittimante il ricorso all'ordinanza *extra ordinem*, come avvenuto laddove un'ordinanza sindacale sia stata adottata per prevenire la contaminazione di una falda di acqua potabile ancora non verificatasi; ad avviso del giudice amministrativo, quella richiamata costituisce una di quelle situazioni in cui non si ritiene necessaria la verifica del danno temuto³⁵.

Il potere di adottare ordinanze contingibili e urgenti di cui al TUEL, non solo in materia ambientale ma anche considerando gli altri ambiti di riferimento, ha fornito alla dottrina e alla giurisprudenza l'occasione per pronunciarsi sul carattere della contingibilità e dell'urgenza; a tal proposito, si sono formati diversi orientamenti.

³² Situazione che si è registrata nel caso di abbandono incontrollato di rifiuti e su cui si è pronunciato il Tar Campania, Napoli, sez. V, 11 maggio 2010, n. 3683, che richiama Cons. St., 12 giugno 2009, n. 3765.

³³ In materia di inquinamento, ad esempio, così si esprime Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3765

³⁴ Così si esprime Tar Calabria, Catanzaro, sez. I, 1 febbraio 2016, n. 268, che non ha ravvisato l'urgenza collegata all'imminente pericolosità derivante da un impianto di recupero di rifiuti non pericolosi proprio in virtù dell'adozione di altre misure.

³⁵ Tar Lombardia, Milano, sez. IV, 16 luglio 2009, n. 4379.

Con riferimento alla nozione di “contingibilità”, una prima corrente di pensiero fornisce una ricostruzione rigorosa, ritenendo che l’ordinanza non possa essere adottata per fronteggiare situazioni divenute urgenti, ma il cui pericolo risalga nel tempo. Sulla base di tale convincimento, dunque, l’azione amministrativa sarà illegittima qualora tra l’urgenza e il momento di nascita del pericolo intercorra un lasso di tempo, dovendo essere i due momenti contemporanei. Un secondo orientamento, invece, non considera negativamente il decorrere di un certo tempo tra l’urgenza e la nascita della situazione di pericolo, ma ritiene prevalente la necessità di provvedere a fronte di una situazione emergenziale rilevante. Una terza posizione, infine, è quella di chi, pur ammettendo l’uso dell’ordinanza in situazioni di urgenza temporalmente distanti dall’insorgere del pericolo, ritiene che, in tal caso, l’amministrazione sarà gravata di un onere motivazionale più specifico. Tanto il secondo, quanto il terzo orientamento, tendono oggi a dominare a livello giurisprudenziale. Per quanto riguarda il carattere dell’urgenza, invece, esso si presta ad essere più facilmente ricostruito, essendo collegato alla necessità di provvedere a situazioni emergenziali con grande immediatezza, esigenza che gli ordinari poteri detenuti dalla pubblica amministrazione non devono essere in grado di soddisfare³⁶.

Anche in ambito ambientale, la giurisprudenza tende a privilegiare le esigenze collegate alla sussistenza di una situazione contingibile e urgente, ancorché derivanti da un’inefficienza della pubblica amministrazione nella gestione ordinaria³⁷.

³⁶ Per tale ricostruzione, si v. S. PEDRABISSI, *Le ordinanze sindacali extra ordinem e il presupposto dell’urgenza*, in *Amministrare*, 2014, 3, pp. 412 ss.. Per quanto riguarda il carattere della contingibilità, tra le pronunce che l’autrice passa in rassegna, aventi ad oggetto le ordinanze sindacali, rivestono particolare importanza, quanto al primo orientamento evidenziato, quelle rese da Tar Puglia, Bari, 13 marzo 2008, n. 593 e da Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2004, n. 4402; con riferimento, invece, al secondo orientamento, vale segnalare Cons. Stato, sez. V, 3 giugno 2013, n. 3024; infine, in merito al terzo orientamento, viene evidenziato come il settore dei rifiuti rappresenti uno degli ambiti in cui si registra un uso particolarmente intenso del potere di ordinanza, spesso ad opere delle stesse amministrazioni dotate di competenze di gestione in via ordinaria. Per quanto riguarda la nozione di emergenza, si v. Tar Napoli, sez. V, 4 dicembre 2013, n. 552.

³⁷ Si v., ad esempio, il caso affrontato da Tar Puglia, Bari, sez. III, 5 giugno 2008, n. 2347, dove viene evidenziato che l’ordinanza contingibile e urgente può essere utilizzata anche per evitare che un danno si verifichi o si aggravi a seguito del decorrere di un certo lasso di tempo dall’evento calamitoso (nel caso di specie, l’evento sarebbe consistito in un incendio verificatosi in un locale adibito alla vendita di carni fresche, il quale avrebbe determinato una situazione di degrado consistente nella presenza di rifiuti e di esalazioni moleste che l’amministrazione comunale, in via ordinaria non sarebbe stata in grado di gestire).

3.1.3. Il potere di ordinanza secondo il modello della protezione civile.

Il potere di emanare ordinanze contingibili e urgenti secondo il modello della protezione civile costituisce uno degli aspetti più caratteristici delle emergenze ambientali. Il Servizio Nazionale della Protezione Civile ha alle sue spalle un complesso percorso di sviluppo che origina dall'art. 1 del R.D. 18 giugno 1931, n. 773, passa per la l. 24 febbraio 1992, n. 225 («Istituzione del Servizio Nazionale della Protezione Civile») e, successivamente ad una serie di tappe legislative intermedie, è culminato con l'adozione del Codice della protezione civile di cui al d.lgs. 2 gennaio 2018, n. 1³⁸. La l. 225/1992 disciplinava il potere di ordinanza e la correlata dichiarazione dello stato di emergenza all'art. 5; quest'ultimo, nel corso del tempo, è stato integrato e modificato al fine di meglio individuarne il contenuto³⁹. Attualmente, la predetta disciplina è contenuta al capo IV del Codice della protezione civile («Gestione delle emergenze di rilievo nazionale»), in particolare, agli artt. 24 e 25. Sinteticamente, l'art. 24 prevede che lo stato di emergenza venga deliberato dal Consiglio dei ministri, su proposta del Presidente di quest'ultimo o su richiesta del Presidente della regione o della Provincia autonoma interessata. Tale dichiarazione si basa su una valutazione del Dipartimento della protezione civile e fissa la durata (non superiore ai 12 mesi e prorogabile per un periodo non superiore) e l'estensione territoriale dello stato di emergenza, avuto riguardo alla natura e alla qualità degli eventi. L'art. 25 disciplina l'esercizio del potere di ordinanza, con cui poter operare in deroga ad ogni disposizione vigente nel rispetto delle modalità indicate nella deliberazione dello stato di emergenza, oltre che dei principi generali dell'ordinamento e delle norme dell'Unione europea.

³⁸ Per una ricostruzione del percorso evolutivo del sistema della Protezione civile si v. A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza*, cit., pp. 166 ss.; MEOLI C., voce *Protezione civile*, in *Diz. dir. pubbl.*, 2006, V, pp. 4668 ss. (e bibliografia ivi citata).

³⁹ Sul punto, si v. A. FIORITTO, *La riforma della protezione civile*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 11, pp. 1059 ss.. Come evidenziato dall'autore, l'art. 5 ha subito una serie di modifiche, più di recente, ad opera dell'art. 2, comma 2 *quater* del d.l. 29 dicembre 2010, n. 225, convertito con modificazioni dall'art. 1, comma 1 della l. 26 febbraio 2011, n. 10, che aveva introdotto i commi 5 *quater* e 5 *quinquies*; successivamente, è intervenuto il d.l. 15 maggio 2012, n. 59, convertito in l. 12 luglio 2012, n. 100.

Nel corso degli anni, le ordinanze della protezione civile, sulla cui legittimità costituzionale la dottrina si è divisa⁴⁰, hanno contribuito alla gestione delle più svariate emergenze ambientali. In particolare, nel predetto ambito, le dichiarazioni dello stato di emergenza sono state numerose; si va dei terremoti, alle alluvioni, per giungere alle situazioni di inquinamento industriale, urbano e ai disastri causati da errori umani⁴¹. In diversi di questi casi, tuttavia, si è assistito ad un abuso del potere di ordinanza di protezione civile per fronteggiare emergenze protrattesi nel tempo e, dunque, rimaste prive del carattere della temporaneità. Uno degli esempi più significativi è della gestione del ciclo dei rifiuti in Campania, per il quale lo stato di emergenza si è protratto dal 1994 sino al 2009, quando il d.l. 195 del 30 dicembre 2009 ha stabilito la fine dell'emergenza e riassegnato la gestione del ciclo dei rifiuti agli ordinari procedimenti di competenza della Regione. Un ulteriore caso, sempre relativo alla gestione del ciclo dei rifiuti, ha riguardato la Regione Calabria, ove lo stato di emergenza è stato dichiarato per la prima volta nel 1997 e si è protratto sino al 2013. In quest'ultima situazione si è avuta anche una pronuncia della Corte costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di quella legge regionale che, sovrapponendosi alla determinazione del Commissario straordinario per i rifiuti, avrebbe contrastato con l'art. 5 della l. 225/1992. Uno dei motivi che la Regione Calabria deduceva a propria difesa era stato proprio quello dell'eccessivo reiterarsi delle ordinanze emergenziali, con conseguente "stabilizzazione" dello stato di emergenza. Tuttavia, la Corte non avrebbe potuto esercitare alcun sindacato in merito alla legittimità amministrativa del provvedimento e avrebbe proprio evidenziato la necessità, da parte della Regione, di impugnare lo stesso nelle opportune sedi⁴².

⁴⁰ Una rassegna dei principali orientamenti in materia è stata compiuta da C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, Relazione al Convegno del Gruppo S.Martino, Università di Milano Bicocca, 13 novembre 2009 su "Recenti novità nell'uso dei poteri normativi del governo", in *Rivista AIC*, 2009.

⁴¹ Per alcuni esempi in materia si v. G. MARAZZITA, *L'irresistibile tentazione del potere di ordinanza*, cit., p. 31. Si v., più di recente, anche la rassegna svolta da E. RAFFIOTTA, *Le ordinanze extra ordinem in materia ambientale: ex facto ius oritur*, in *Rassegna parlamentare*, 2016, 3, pp. 512 e 513.

⁴² Corte cost., 3-4 luglio 2006, n. 284, con nota di A. PIEROBON, *Poteri emergenziali e poteri ordinari nella gestione dei rifiuti alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 284 del 3-4 luglio 2006*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2007, 2, pp. 296 ss.. L'autore, prendendo atto della pronuncia citata, si dimostra dubbioso in ordine a tale *modus operandi*, che determinerebbe una lesione per il sistema democratico e per gli enti territoriali, dotati di autonomia costituzionalmente protetta.

Il problema dell'improprio uso dell'ordinanza *extra ordinem*, in ambito ambientale ma non solo, è stato denunciato già all'indomani dell'entrata in vigore della l. 225/1992⁴³; l'abuso dell'ordinanza è legato non solo alla gestione di situazioni non più di carattere realmente emergenziale, ma anche al fatto che, mediante l'ordinanza contingibile e urgente, è possibile conseguire risultati per i quali un iter legislativo ordinario richiederebbe sacrifici ben maggiori. Va considerata, poi, l'ulteriore importante prerogativa dello stanziamento di un apposito finanziamento che accompagna l'ordinanza di protezione civile, elemento di estrema importanza se si considerano le difficoltà economiche delle varie amministrazioni chiamate a gestire le emergenze. Il modello della protezione civile, definita come una vera e propria "amministrazione parallela"⁴⁴, garantisce dunque il conseguimento di risultati ben più vantaggiosi di quelli che potrebbero essere raggiunti attraverso gli ordinari strumenti di amministrazione e di legislazione. Conseguenza di tale situazione è però, in primo luogo, quella di aver creato dei veri e propri "sottosistemi" normativi⁴⁵. Inoltre, così operando, si vanno a coprire le inefficienze delle amministrazioni, rendendo meno pressante l'esigenza di risolvere alla radice il suddetto problema. Tale situazione, per altro, è stata ulteriormente alimentata dall'estensione dell'applicazione dell'art. 5 della l. 225/1992 ai c.d. "grandi eventi", nozione estremamente ampia e dai contorni assai sfumati, all'interno del quale potrebbero rientrare anche questioni di natura ambientale.

Unitamente a tali circostanze, va ricordato che il sindacato giurisdizionale sui provvedimenti di protezione civile opera in condizioni delicate. Invero, il quadro normativo di riferimento appare piuttosto elastico circa la discrezionalità delle valutazioni prodromiche alla dichiarazione dello stato di emergenza e all'adozione delle ordinanze; inoltre, il tasso di

⁴³ Tra i primi contributi in merito, va citato quello di F.S. SEVERI, *Le ordinanze della legge n. 225/92 sulla protezione civile*, Giuffrè, Milano, 1996.

⁴⁴ L'espressione è stata utilizzata da V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., p. 377 con specifico riferimento alle ordinanze d'urgenza. Autorevole dottrina la condivide, non solo con riferimento alle ordinanze, ma ritenendone possibile un'estensione anche al fenomeno dell'uso indiscriminato del decreto – legge (si vv., rispettivamente, A. FIORITTO, *Una nuova emergenza: l'alluvione delle ordinanze di protezione civile*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, 2011, 1; C. PINELLI, *Un sistema parallelo. Decreti-legge e ordinanze d'urgenza nell'esperienza italiana*, cit.).

⁴⁵ G. MANFREDI, *Le insidie del potere di ordinanza*, in *Riv. Giur. Amb.* 2004, 1, p. 102. Come osserva l'autore, non solo le ordinanze sono sottratte al controllo del Parlamento, ma esse, seppur di efficacia temporanea, non hanno dei limiti precisi dal punto di vista temporale).

politicità che contraddistingue sia la dichiarazione dello stato di emergenza, sia le relative ordinanze adottate è molto alto⁴⁶. Per il giudice amministrativo, dunque, non è semplice porre un argine al fenomeno della moltiplicazione delle ordinanze di protezione civile, anche in materia ambientale.

3.1.4. Gli ulteriori poteri di ordinanza per le emergenze ambientali.

A completamento della rassegna sin qui condotta, un breve cenno va svolto in merito agli ulteriori poteri di adottare ordinanze contingibili e urgenti in materia ambientale.

In primo luogo, vanno citati i poteri di competenza del Ministro dell'ambiente, che può emanare due tipologie di ordinanze. Una prima non possiede i caratteri della contingibilità e dell'urgenza, dovendosi ad essa attribuire un carattere cautelare; ci si riferisce, infatti, a quella di cui all'art. 8, comma 3 della l. 8 luglio 1986, n. 349 (*«Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale»*). La norma conferisce al Ministro dell'ambiente un potere da esercitare avverso l'inerzia di regioni o enti locali nell'attuazione delle disposizioni sulla tutela dell'ambiente, e qualora da ciò possa derivare un grave danno ecologico; tale potere può essere esercitato all'esito di un'istruttoria e di una diffida ad adempiere nei confronti dei diretti interessati. Una seconda tipologia di ordinanza, il cui relativo potere di emanazione è sempre riconosciuto al Ministro dell'ambiente, è quella prevista dall'art. 8 della l. 3 marzo 1987, n. 59, recante le *«Disposizioni transitorie ed urgenti per*

⁴⁶ È la stessa giurisprudenza amministrativa (si v. Cons. St., sez. IV, 28 ottobre 2011, n. 5799) a evidenziare che, rispetto alle ordinanze di protezione civile, il sindacato deve svolgersi in maniera rigorosa circa la sussistenza dei presupposti per l'esercizio del potere di ordinanza. Allo stesso tempo, però, il quadro normativo consente un esercizio del potere di ordinanza (nel sistema di protezione civile) piuttosto elastico. Invero, l'oggetto del sindacato è un atto di alta amministrazione, caratterizzato da un'ampia discrezionalità, nonché da particolari circostanze che vi si pongono alla base. Nel caso specifico delle ordinanze di protezione civile, poi, la legge consente di derogare alle disposizioni di legge in termini molto ampi e col limite rappresentato dai principi dell'ordinamento giuridico; tale aspetto non viene ritenuto di per sé illegittimo, in quanto il vero problema risiederebbe nell'abuso con cui si è fatto ricorso a tale regime derogatorio (V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, cit., p. 379). L'unico argine alla libertà che contraddistingue l'esercizio del potere in commento è quello dell'indicazione almeno delle principali norme cui la deroga stessa andrà a riferirsi. Una specifica disamina sul tema del sindacato giurisdizionale sulle ordinanze di protezione civile è stata svolta da F.F. PAGANO, *Dal decreto legge alle ordinanze di protezione civile, ampiezza e limiti costituzionali del sindacato del giudice amministrativo sul potere extra ordinem del governo*, in *Rivista AIC*, 2011, 4, pp. 10 ss.

il funzionamento del Ministero dell'ambiente». La norma stabilisce che, in caso di pericolo di danno ambientale e di impossibilità di interventi alternativi, il Ministro dell'ambiente, assieme agli altri Ministri eventualmente competenti, può emettere ordinanze contingibili e urgenti per la tutela dell'ambiente; l'efficacia di tali provvedimenti non può essere superiore ai sei mesi. Alla luce del suo contenuto, l'art. 8 della l. 59/1987 è stato definito come una norma di chiusura del sistema dei controlli ambientali. L'art. 8, infatti, prevedendo un potere atipico e innominato consente di ovviare a quelle lacune dell'ordinamento, specie con riferimento alla gestione di situazioni emergenziali⁴⁷.

Un ulteriore potere di ordinanza contingibile e urgente di cui sono titolari il Sindaco, il Prefetto, il Ministro dell'ambiente e il Presidente del Consiglio dei ministri, secondo le rispettive sfere di competenza, è quello disciplinato dall'art. 9 della l. 26 ottobre 1995, n. 447 («*Legge quadro sull'inquinamento acustico*»). La norma, in linea generale, consente, mediante provvedimento motivato, di imporre il ricorso temporaneo a speciali forme di contenimento o di abbattimento delle emissioni sonore. Dato il contenuto della disposizione, sussiste un collegamento con l'art. 54, comma 6 TUEL, ma la giurisprudenza amministrativa evidenzia che l'art. 9 della l. 447/1995 non vada letto come meramente riproduttivo di quest'ultimo; invero, la norma si propone precipuamente di contrastare il fenomeno dell'inquinamento acustico, nozione ben definita dall'art. 2 della l. 447/1995, che lo ritiene un pericolo per la salute umana. Ration per cui, l'art. 9 della l. 447/1995 può essere applicato direttamente laddove gli accertamenti tecnici compiuti dalle Agenzie Regionali di Protezione Ambientale attestino la sussistenza di un fenomeno di inquinamento acustico; inoltre, la tutela della salute pubblica non richiede necessariamente che il pericolo riguardi l'intera collettività, essendo sufficiente che esso sussista per una singola famiglia o una singola persona⁴⁸. Non è altresì richiesto alcun bilanciamento di interessi tra il diritto alla salute e altre libertà, come ad esempio quella di impresa⁴⁹.

⁴⁷ R. FERRARA, *Emergenza e protezione dell'ambiente nella «società del rischio»*, in *Foro amm. T.a.r.*, 2005, 4, p. 3361.

⁴⁸ Cons. St., sez. V, 6 marzo 2013, n. 1372; Tar Piemonte, Torino, sez. I, 10 luglio 2015, n. 1173.

⁴⁹ Tar Toscana, Firenze, sez. II, 13 luglio 2015, n. 1093.

Anche con riferimento all'art. 9 della l. 447/1995, tuttavia, si registrano casi di abuso, con conseguente annullamento in sede giurisdizionale dei relativi provvedimenti adottati⁵⁰.

4. Conclusioni.

La rassegna delle varie ordinanze contingibili e urgenti in materia ambientale consente di evidenziarne la fondamentale importanza nella gestione delle emergenze. In tale settore, il quadro normativo è estremamente composito tant'è che, a volte, ad una medesima autorità viene riconosciuto più di un potere di adottare ordinanze *extra ordinem* (si pensi alla figura del Sindaco). A fronte della condotta ricostruita, va evidenziato uno stato di criticità, dovuto alla difficile ricerca di un equilibrio tra l'esigenza di garantire l'efficacia dell'operato dell'amministrazione dell'emergenza e quella di evitare gli abusi del potere di ordinanza. Ciò, specialmente nel delicato settore del ciclo dei rifiuti.

Si è constatato che, laddove il legislatore abbia circoscritto adeguatamente i presupposti di esercizio del potere di ordinanza, quest'ultimo è stato adoperato all'esclusivo scopo di gestire le emergenze ambientali⁵¹. Anche la possibilità di esercitare il potere di ordinanza con una maggiore elasticità costituisce però un'importante prerogativa, specie in un contesto, quale quello odierno, in cui le situazioni emergenziali aumentano, sia in termini numerici che dimensionali⁵². Allo stesso tempo, i principali casi di abuso del potere di ordinanza derivano proprio da formulazioni normative che, data la loro ampiezza concettuale, consentono di ricorrere al suddetto potere non solo per gestire le emergenze imprevedibili, ma anche per ovviare alle inefficienze della pubblica amministrazione nella gestione ordinaria, ovvero per risolvere emergenze che sono diventate tali per l'inerzia della

⁵⁰ Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 15 aprile 2015, n. 285, con cui è stata ravvisata l'illegittimità del provvedimento sindacale che imponeva al titolare di un locale di non diffondere musica e di impedire lo stazionamento di avventori dalle ore 22. Come evidenziato dal giudice amministrativo, la situazione alla base del provvedimento non sarebbe risultata connotata da alcun elemento di eccezionalità, con conseguente non temporaneità delle misure adottate.

⁵¹ Come nel caso delle ordinanze ex art. 191 del Codice dell'ambiente.

⁵² Ci si riferisce, in particolare, alle ordinanze di protezione civile.

P.A., sempre durante l'attività ordinaria. A tale problematica, tuttavia, si dovrebbe rimediare non privando l'amministrazione del potere di adottare ordinanze con un certo margine di discrezionalità, bensì eliminando quei fattori di inefficienza dell'amministrazione stessa, in virtù dei quali quest'ultima non è in grado di operare in via ordinaria e si trova poi costretta a adottare misure di carattere emergenziale in situazioni che non avrebbero richiesto ciò. Il tutto, concependo sempre il potere di ordinanza in ossequio alle indicazioni che la giurisprudenza costituzionale ha fornito.

L'orientamento giurisprudenziale che, nel sindacare la legittimità amministrativa delle ordinanze *extra ordinem*, privilegia una valutazione della sussistenza attuale di un'emergenza, ritenendo irrilevante il fatto che la stessa derivi da una situazione risalente nel tempo, è condivisibile. Anche in questo caso, comunque, sarebbe auspicabile che tale orientamento si ponesse nell'ottica di una fase di transizione in cui, in attesa dei risultati derivanti da una concreta attività di risoluzione delle inefficienze della P.A., il potere di ordinanza possa ancora continuare ad essere esercitato per fronteggiare le emergenze che da tali inefficienze derivano. In attesa, però, di recuperare un sano equilibrio che consenta di ricorrere al potere di ordinanza solo quando l'emergenza sia effettivamente tale.

Contributo sottoposto a referaggio doppio cieco conformemente alla Classe A dell'ANVUR.

**LA CORTE COSTITUZIONALE CONFERMA
L'INDEROGABILITÀ DA PARTE DELLE REGIONI DELLA
LEGISLAZIONE STATALE IN MATERIA DI PROTEZIONE
DELLA FAUNA SELVATICA.** Nota a Corte cost. n. 217/2018.

(Pres. LATTANZI – Red. SCIARRA)

Matteo Pressi

*Cultore di Diritto Regionale e degli Enti Locali
Università degli Studi di Verona*

Abstract: *the present case note is initially aimed at illustrating the evolution of the boundaries of regional and state competences on hunting legislation. Subsequently, the work will be focused on the analysis of the previous rulings of the Italian Constitutional Court on this topic. In conclusion, particular attention will be paid to the content of judgment n. 217/2018 of the Italian Constitutional Court on the relationship between hunting law and environmental law.*

Parole chiave: CACCIA – AMBIENTE – ABBATTIMENTO – FAUNA NOCIVA – SOGGETTI ATTUATORI – REGIONE ABRUZZO – INCOSTITUZIONALITÀ.

SOMMARIO: **1.** Premessa. – **2.** La legge n. 157/1992 “Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio”. – **3.** La legge regionale Abruzzo 28 gennaio 2004, n. 10 “Normativa organica per l'esercizio dell'attività venatoria, la protezione della fauna selvatica omeoterma e la tutela dell'ambiente”. – **4.** L'intervento della Corte costituzionale: la sentenza n. 217 del 24 ottobre 2018. – **5.** Conclusioni.

1. Premessa.

Con la sentenza n. 217 del 24 ottobre 2018, la Corte costituzionale è nuovamente intervenuta sul delicato tema del riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia faunistico-ambientale.

Com'è noto, ai sensi del vigente art. 117 della Costituzione, così come modificato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, la materia della caccia rientra nella potestà legislativa esclusiva delle Regioni (art. 117, comma 4), in quanto non menzionata tra le materie di competenza concorrente (art. 117, comma 3) né tra quelle di competenza esclusiva statale (art. 117, comma 2)⁵³.

Non si tratta di una potestà esente da possibili limitazioni poiché il comma 2, lettera s), dell'art. 117 Cost. sancisce la potestà legislativa esclusiva dello Stato in materie idonee a lambire i settori della caccia e della pesca, quali la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali. Tale ambiguità ha generato numerosi conflitti tra lo Stato e le Regioni, sfociati in altrettanti giudizi della Corte costituzionale.

2. La legge n. 157/1992 "Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio".

Ad oggi l'intero settore della protezione della fauna selvatica omeoterma e del prelievo venatorio è governato dalla l. 11 febbraio 1992, n. 157, la quale, come più volte ricordato dalla Corte costituzionale⁵⁴, risulta qualificabile come legge "cornice", ovvero una norma attraverso la quale lo Stato ha inteso dettare i principi fondamentali della materia riservando alle Regioni, ciascuna per il proprio territorio, l'onere di dettare una disciplina analitica di settore.⁵⁵

Ai fini della pronuncia oggetto di questo scritto, assume particolare rilevanza il contenuto dell'art. 19 della l. 157/1992, il quale prevede, al primo comma, che: «Le regioni possono vietare o ridurre per periodi prestabiliti la caccia a determinate specie di fauna selvatica di cui all'articolo 18, per importanti e motivate ragioni connesse alla consistenza faunistica o per sopravvenute particolari condizioni ambientali, stagionali o climatiche o per malattie o altre calamità.»⁵⁶

Di seguito, il secondo comma, stabilisce che: «Le regioni, per la migliore gestione del patrimonio zootecnico, per la tutela del suolo, per motivi sanitari, per la selezione biologica, per la tutela del patrimonio storico-artistico, per la tutela delle produzioni zoo-agro-forestali ed ittiche, provvedono al controllo delle specie di fauna selvatica anche nelle zone vietate alla

⁵³ Corte costituzionale, sent. n. 226/2003, in www.giurcost.org.

⁵⁴ Il riferimento è alle sentenze della Corte costituzionale nn. 226/2003 e 392/2005, reperibili al sito www.giurcost.org.

⁵⁵ La nozione di legge cd. "cornice" è mutuata da F. GALGANO, *Dizionario enciclopedico del diritto*, CEDAM, Padova, 1996, p. 893.

⁵⁶ L'art. 18 della l. 157/1992 contiene un elenco degli esemplari di fauna il cui abbattimento è consentito ai fini dell'esercizio venatorio in relazione alla loro specie ed ai periodi di caccia.

caccia. Tale controllo, esercitato selettivamente, viene praticato di norma mediante l'utilizzo di metodi ecologici su parere dell'Istituto nazionale per la fauna selvatica. Qualora l'Istituto verifichi l'inefficacia dei predetti metodi, le regioni possono autorizzare piani di abbattimento. Tali piani devono essere attuati dalle guardie venatorie dipendenti dalle amministrazioni provinciali. Queste ultime potranno altresì avvalersi dei proprietari o conduttori dei fondi sui quali si attuano i piani medesimi, purché muniti di licenza per l'esercizio venatorio, nonché delle guardie forestali e delle guardie comunali munite di licenza per l'esercizio venatorio.>>.

Il contenuto dell'art. 19, della l. 157/1992 mira quindi a disciplinare l'abbattimento della fauna cd. "nociva", attività che secondo il Legislatore deve rappresentare una *extrema ratio* da utilizzarsi solamente qualora sia dimostrata l'inefficacia di altri metodi ecologici. Inoltre, come evincibile dal tenore della norma, si tratta di un intervento che non può assolutamente svolgersi per fini venatori, bensì per soli fini di tutela dell'ecosistema e con il solo ausilio dei soggetti tassativamente elencati nel secondo comma dell'art. 19.⁵⁷

3. La legge regionale Abruzzo 28 gennaio 2004, n. 10 "Normativa organica per l'esercizio dell'attività venatoria, la protezione della fauna selvatica omeoterma e la tutela dell'ambiente".

Tanto premesso, appare necessario analizzare il contenuto della legge regionale Abruzzo n. 10/2004, norma oggetto della pronuncia della Consulta n. 217 del 24 ottobre 2018. Di particolare interesse è l'art. 44 della l.r. Abruzzo 10/2004 rubricato "controllo della fauna selvatica", il quale, al comma 2, stabilisce che: <<Le Province [...] provvedono al controllo delle specie di fauna selvatica anche nelle zone vietate alla caccia. La Provincia può autorizzare piani d'abbattimento d'intesa con gli ATC. [...] I piani devono essere attuati dalle guardie venatorie dipendenti dalle Province e dalle guardie venatorie volontarie. I soggetti attuatori possono avvalersi dei proprietari o conduttori dei fondi sui quali si attuano i piani medesimi, purché muniti della licenza per l'esercizio venatorio, nonché delle guardie forestali, delle guardie comunali munite di licenza per l'esercizio venatorio e dei cacciatori iscritti o ammessi agli ATC interessati nominativamente segnalati dai comitati di gestione>>. Dal confronto tra l'art. 19 della l. 157/1992 e l'art. 44, comma 2, della l.r. Abruzzo n. 10/2004 emerge una sostanziale difformità.

In particolare, la normativa nazionale appare più restrittiva nell'individuare i soggetti autorizzati ad attuare i piani di abbattimento della fauna cd. "nociva", limitandosi a riconoscere tale compito alle sole guardie venatorie provinciali o volontarie eventualmente

⁵⁷ In questo senso la ricostruzione operata dalla Corte costituzionale nella sent. n. 392/2005 reperibile al sito www.cortecostituzionale.it.

assistite dai proprietari o conduttori dei fondi sui quali si attuano i piani, dalle guardie forestali o delle guardie comunali purché in possesso di licenza per l'esercizio venatorio.

Al contrario, la l.r. Abruzzo 10/2004 ha inteso estendere l'elenco dei soggetti autorizzati a coadiuvare le guardie provinciali (o volontarie) includendovi, oltre alle figure già menzionate, anche << i cacciatori iscritti o ammessi agli ATC interessati nominativamente segnalati dai comitati di gestione>>. La medesima impostazione è stata ribadita nel comma 6, dell'art. 44 laddove è previsto che <<i piani di cui al presente articolo sono attuati: a) dalle guardie venatorie dipendenti dalle Province; b) dai proprietari o conduttori dei fondi interessati purché muniti di licenza di caccia; c) dai cacciatori iscritti negli ATC interessati nominativamente segnalati dal comitato di gestione; d) dalle guardie venatorie volontarie.>>. Tale scelta del Legislatore abruzzese ha generato numerose perplessità circa la legittimità costituzionale della norma.

4. L'intervento della Corte costituzionale: la sentenza n. 217 del 24 ottobre 2018.

Con il ricorso iscritto al numero di registro generale 224/2016, l'Ente nazionale protezione animali, la Lega Antivivisezione e la Lega nazionale per la difesa del cane hanno adito il TAR Abruzzo per richiedere l'annullamento della delibera n. 92/2016 del Presidente della Provincia di Teramo per mezzo della quale l'Amministrazione provinciale ha adottato il piano di controllo triennale 2016/2018 delle popolazioni delle volpi.

A fondamento del proprio gravame, la parte ricorrente ha adottato, tra gli altri motivi, la <<illegittimità costituzionale dell'art. 44, comma 6, lettera c), della legge regionale n. 10 del 2004>> poiché le misure di abbattimento e contenimento delle specie di fauna cd. "nociva", secondo quanto disposto dalla norma, avrebbero potuto essere attuate, oltre che dalle guardie venatorie, provinciali o volontarie, dai cacciatori iscritti o ammessi agli ATC interessati ai sensi dell'art. 44, comma 6, della legge regionale n. 10 del 2004. A fronte di ciò, con ordinanza n. 50/2018, la sezione prima del TAR Abruzzo ha ritenuto di dover sollevare, con riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera s), della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, commi 2 e 6, della legge regionale Abruzzo 28 gennaio 2004, n. 10 nella parte in cui prevede che, per l'attuazione dei piani di abbattimento della fauna cd. "nociva", <<I soggetti attuatori possono avvalersi (...) dei cacciatori iscritti o ammessi agli ATC interessati nominativamente segnalati dai comitati di gestione>>.

Secondo il giudice amministrativo, la norma regionale impugnata si pone in contrasto con l'art. 19, comma 2, della legge n. 157 del 1992, il quale, invece, non permette ai cacciatori di prendere parte all'abbattimento, salva l'ipotesi in cui essi risultino proprietari o conduttori

del fondo sul quale si attua il piano. Da qui la decisione di porre la questione all'attenzione della Consulta, la quale si è espressa con la sentenza n. 217/2018. Nella pronuncia, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, quinto periodo, della l.r. Abruzzo 10/2004, nella parte in cui, come sopra ricostruito, aveva previsto il coinvolgimento dei cacciatori iscritti o ammessi agli ATC nell'attuazione dei piani di abbattimento della fauna cd. "nociva".

Secondo quanto argomentato dalla Consulta, «l'elenco contenuto nella norma statale, con riguardo alle persone abilitate all'attività in questione [di realizzazione dei piani di abbattimento della fauna selvatica], è tassativo ed una sua integrazione da parte della legge regionale riduce il livello minimo e uniforme di tutela dell'ambiente», materia che, come noto, risulta essere riservata alla potestà legislativa esclusiva dello Stato⁵⁸.

Sempre secondo la Corte, la norma regionale, laddove non censurata, avrebbe prodotto l'effetto di alterare il contemperamento di interessi delineato dal Legislatore statale nell'art. 19, comma 2, della legge n. 157/1992. Tale norma, infatti, costituisce il risultato del bilanciamento tra due contrapposte esigenze: il contenimento, anche mediante l'abbattimento, delle specie di fauna nociva ed al contempo la salvaguardia della loro esistenza evitando che «la tutela degli interessi (sanitari, di selezione biologica, di protezione delle produzioni zootecniche, ecc.) perseguiti con i piani di abbattimento trasmodi nella compromissione della sopravvivenza di alcune specie faunistiche ancorché nocive».⁵⁹

5. Conclusioni

La sentenza in rassegna appare coerente rispetto a quanto evidenziato dalla Corte in precedenti pronunce aventi ad oggetto disposizioni di leggi regionali con contenuti analoghi⁶⁰.

In particolare, si conferma l'atteggiamento rigoroso della Consulta nel ricondurre i contenuti della l. 157/1992 nell'alveo della potestà legislativa esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, eliminando la possibilità per le Regioni di introdurre deroghe alla norma.

Tale orientamento si inserisce in una linea di tendenza seguita dalla Corte fin dai primi anni 2000.

Segnatamente, secondo la Corte, l'art. 19 della legge statale n. 157 del 1992, «nella parte in cui disciplina i poteri regionali di controllo faunistico, costituisce un principio fondamentale

⁵⁸ Corte cost., sent. n. 139 del 2017 reperibile al sito www.cortecostituzionale.it. V. anche, *ex plurimis*, Corte cost., sentt. nn. 174/2017 e 107/2014.

⁵⁹ Corte cost., sent. n. 392 del 2005 reperibile al sito www.cortecostituzionale.it.

⁶⁰ Cfr. *ex plurimis*, sentt. nn. 391/2005, 311/2003, 536/2002 consultabili al sito www.giurcost.it.

della materia a norma dell'art. 117 della Costituzione, tale da condizionare e vincolare la potestà legislativa regionale>>⁶¹ in ragione della <<esigenza insopprimibile di garantire su tutto il territorio nazionale soglie di protezione della fauna che si qualificano come 'minime', nel senso che costituiscono un vincolo rigido sia per lo Stato sia per le regioni — ordinarie e speciali — a non diminuire l'intensità della tutela>>.⁶²

Concludendo, alla luce di quanto esposto, appare chiaro come la discrezionalità del Legislatore regionale in materia venatoria sia stata *de facto* "erosa" dallo Stato attraverso l'emanazione di norme riconducibili alle materie della tutela dell'ambiente e dell'ecosistema in grado di condizionare in modo pervasivo le scelte delle Regioni in ambito venatorio.⁶³

Contributo sottoposto a referaggio doppio cieco conformemente alla Classe A dell'ANVUR.

⁶¹ Corte cost., sent. n. 392 del 2005 reperibile al sito www.cortecostituzionale.it.

⁶² Così Corte cost., sentenza n. 387 del 2008, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2009, 388.

⁶³ Nel tempo, la Corte costituzionale è intervenuta più volte per censurare disposizioni di leggi regionali dirette ad ampliare la durata della stagione venatoria (sent. 536/2002), derogare ai divieti di caccia (sent. 70/2018), individuare ATC di dimensione provinciale anziché subprovinciale (sent. 124/2016), individuare criteri di composizione dei comitati di gestione degli ATC differenti rispetto a quelli previsti dall'art. 14, comma 10, della l. 157/1992 (sent. 268/2010).

I VERBALI DI GARA NELL'ERA DELLE PIATTAFORME ELETTRONICHE DI NEGOZIAZIONE⁶⁴

Marco Terrei⁶⁵

Abstract - In the following document we will be analyzing the topic of the reports regarding procurement procedures and the three key steps (the verification of the administrative documentation, the verification and analysis of the project proposal and the verification and evaluation of the financial offer) leading to the granting of said procurements in the context of public administrations for negotiations done through e-procurement. The Codice dei Contratti D.lgs 50/2016, concerning the regulations set out by the Direttive dell'UE in the year 2014, established the requirement, starting October 18, 2018, of the use of the e-procurement for nearly all tendering processes. This new tool, aimed at increasing the transparency of the activity of the Public Administration in the procurement procedures along with guaranteeing traceability of information, has removed the need for the physical presence of the competitors. Provided that the online suites managing the procedures, offered by the service providers, already feature the option to automatically generate a report of the procurement process, one wonders about the legal value of the document in the new regulatory framework and if it effectively substitutes the printed records once generated by the contracting authorities. The introduction of the mandatory use of the e-procurement has the indisputable merit of ensuring the inviolability of the submitted bids. Nevertheless we are still debating whether this new device is indeed protecting transparency and ensuring the accuracy and efficiency of the Public Administration, considering that everything now happens in the cyberspace. Question arises as to whether it would be advisable for a third party to monitor the electronic platform, making sure that both national and international standards are met and satisfied. To what has been said we must also add that the matter of public contracts has been undergoing a profound transformation and one of the many innovations regards the centralization of the procurement procedures managed by the Centrali Uniche di Committenza and their qualifications.

⁶⁴ Si segnala che al momento della chiusura del presente lavoro il Codice dei Contratti D.lgs 50/2016 è interessato dall'ennesima modifica da parte del governo. Tuttavia dalle notizie che circolano nei giornali specializzati, le modifiche non interesseranno articoli che hanno un collegamento diretto o indiretto con l'oggetto della presente ricerca.

⁶⁵ Dottore magistrale in Scienze Politiche Internazionali e delle Amministrazioni, Master in Diritto Amministrativo, consulente nella materia degli appalti, cultore nella materia del diritto amministrativo;

The intent of the following work is to shine light to the topics just mentioned and many others, keeping in mind that every new tool requires continuous work to be improved to operate at its best, especially in its initial stages.

Sommario: **1.** Introduzione. - **2.** Il verbale. Breve descrizione di carattere generale. - **2.1.** sulla forma del verbale - **3.** Il soggetto verbalizzante. - **4.** I contenuti e le formalità delle verbalizzazioni. - **5.** La redazione del verbale. - **6.** Il verbale nella normativa Appalti. - **7.** La funzione assegnata dalla norma alle Piattaforme Elettroniche di Negoziazione. - **7.1.** Le norme tecniche dei sistemi telematici nella Direttiva e nel Codice. - **7.2.** Circolare n.3 del 6 dicembre 2016 dell’Agenzia per l’Italia Digitale (AGID). - **7.2.1.** Circolare n.3/2016 AGID – Appendice. - **7.2.2.** I sistemi telematici di acquisto e le norme tecniche. Una riflessione sul verbale - **8.** Le procedure di esame e valutazione delle offerte con l’avvento delle Piattaforme Elettroniche di Negoziazione. - **8.1.** L’avvio della seduta di gara. - **8.2.** l’accesso alla Piattaforma e l’avvio della seduta di gara. - **8.3.** La pubblicità delle sedute di gara. - **8.4.** l’analisi della documentazione amministrativa. - **8.5.** l’analisi dell’offerta tecnica. - **8.6.** l’analisi dell’offerta economica. - **9.** Le procedure di valutazione dell’anomalia. - **10.** I verbali di gara nel MePA (Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione). - **11.** Conclusioni.

1. - Introduzione

Nel presente lavoro verrà analizzato il tema dei verbali di gara, nelle tre fasi della procedura volta all’aggiudicazione delle commesse pubbliche (di verifica della documentazione amministrativa; di verifica, analisi e valutazione dell’offerta tecnica e di valutazione dell’offerta economica) per procedure esperite con l’ausilio delle Piattaforme Elettroniche di Negoziazione.

Il Codice dei Contratti D.lgs 50/2016, in applicazione alle disposizioni previste dalle Direttive dell’UE del 2014, ha introdotto l’obbligo, a partire dal 18 ottobre 2018⁶⁶, dell’uso delle

⁶⁶ L’art. 40, co. 2 del Codice così dispone “A decorrere dal 18 ottobre 2018, le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell’ambito delle procedure di cui al presente codice svolte dalle stazioni appaltanti sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici”. Invero già dalla sua entrata in vigore il Codice prevedeva tale obbligo il quale tuttavia, nella prima fase, dal 19 aprile 2016 al 18 ottobre 2018, si applicava solo alle procedure poste in

Piattaforme Elettroniche di Negoziazione⁶⁷ per tutte le procedure di gara o quasi^{68 69}. Tale nuovo strumento, volto ad aumentare la trasparenza dell'azione della PA nelle procedure di gara ed offrire il più alto livello di garanzia nella tracciabilità dei flussi di informazioni, ha eliminato la *seduta pubblica "in presenza"*⁷⁰, massima espressione di trasparenza e partecipazione dei concorrenti negli Appalti.

Premesso che le *suite online* di gestione delle procedure di gara offerte da diversi soggetti privati prevedono, alla fine di ogni fase, l'opzione "*genera verbale di gara*"; ci si chiede quale valore giuridico abbia tale documento, generato in modalità automatica dal sistema, nel nuovo contesto normativo e se questo documento possa a tutti gli effetti sostituire i verbali che venivano stilati dalle stazioni appaltanti nelle diverse fasi della procedura.

L'introduzione dell'obbligo dell'uso delle Piattaforme Elettroniche di Negoziazione⁷¹ ha il pregio di assicurare l'inviolabilità delle offerte presentate dagli operatori economici alle stazioni appaltanti in fase di gara. Ciò nonostante ci si chiede se tali strumenti siano in grado

essere dalle Centrali Uniche di Committenza come indicato al comma 1 del medesimo articolo il quale stabiliva che "*Le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al presente codice svolte da centrali di committenza sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici ai sensi dell'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell'amministrazione digitale*"

⁶⁷ Invero i processi di e-procurement effettuati su piattaforme digitali sono stati introdotti dal Ministero dell'Economia e delle Finanze attraverso CONSIP SPA a partire dagli anni 2000 come si può leggere nella voce MEPA in Wikipedia. "*Il Decreto del presidente della Repubblica 4 aprile 2002, n. 101, in materia di "Regolamento recante criteri e modalità per l'espletamento da parte delle amministrazioni pubbliche di procedure telematiche di acquisto per l'approvvigionamento di beni e servizi", ha disciplinato lo svolgimento delle procedure telematiche di acquisto e la nascita del Mercato Elettronico della PA, fino all'entrata in vigore del Decreto del presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, in materia di "Regolamento di esecuzione ed attuazione del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163". In tale ultimo decreto, all'articolo 328, si definiscono gli elementi base di funzionamento, raccordandoli con il Codice dei contratti*"

⁶⁸ Secondo una interpretazione dell'ANAC (comunicato ANAC del 30.10.2018), sono esclusi gli acquisti effettuati sul MePA (la deroga al ricorso al MePA è stata poi innalzata a 5.000 euro con l'approvazione della Legge di Bilancio 2019, articolo 1, comma 130) il Comunicato così prevedeva "*Sono giunte richieste di chiarimento in merito all'applicabilità dell'art.40, comma 2, del Codice dei contratti pubblici agli acquisti di importo inferiore a 1.000 euro. In particolare, è stato chiesto se, in relazione alla disposizione recata dall'art. 40, co. 2 del Codice, sia consentito, per gli affidamenti infra 1.000 euro, procedere senza utilizzare mezzi telematici, in attuazione di quanto previsto dall'art. 1, co. 450 della legge 27 dicembre 2006, n. 296. L'Autorità ritiene che, per gli acquisti infra 1.000 euro, permanga la possibilità di procedere senza l'acquisizione di comunicazioni telematiche, in forza della disposizione normativa da ultimo citata, non abrogata a seguito dell'emanazione del Codice dei contratti pubblici*". Si segnala che tale interpretazione non è condivisa dallo scrivente, come sostenuto in *Gli Acquisti infra 40.000 euro e le piattaforme elettroniche di negoziazione*, AmbienteDiritto.it fascicolo n.1/2019;

⁶⁹ MePA, è l'acronimo di Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione. E' la piattaforma di e-procurement di proprietà del Ministero dell'Economia e delle Finanze avviato e gestito da CONSIP S.P.A la quale accoglie le gare telematiche per l'approvvigionamento della PA come indicato nella nota n.4.

⁷⁰ Attualmente le sedute pubbliche vengono effettuate online. I concorrenti accedono alla Piattaforma e seguono le varie fasi dal loro pc.

⁷¹ Si segnala come nel Codice dei Contratti, nelle Direttive ed anche tra gli esperti si utilizzi con lo stesso significato: Piattaforme Elettroniche di Negoziazione; Piattaforme online; Piattaforme di negoziazione;

di garantire la trasparenza, la correttezza dell'azione e il buon andamento della PA visto che ora tutta la procedura avviene nel cyberspazio.

Ci si chiede, inoltre, se non sia opportuno istituire un soggetto terzo che controlli i gestori delle piattaforme il quale certifichi il rispetto degli standard⁷² imposti dalle norme nazionali e sovranazionali⁷³.

A quanto sin qui detto si aggiunga che la materia degli Appalti, negli ultimi anni, sta subendo una profonda trasformazione e, tra le tante innovazioni, vi è quella che riguarda la centralizzazione delle procedure di gara in capo alle Centrali Uniche di Committenza e la loro qualificazione⁷⁴ anch'esse investite dall'obbligo delle Piattaforme.

A queste e ad altre domande il presente lavoro cercherà di dare risposta nella consapevolezza che ogni nuovo strumento deve, necessariamente, essere nelle prime fasi di operatività adattato e migliorato.

2. – Il verbale⁷⁵. Breve descrizione di carattere generale

⁷² Gli standard imposti dalla normativa europea e nazionale sono quelli che verranno descritti nel paragrafo 7 del presente studio.

⁷³ L'uso dei soggetti certificatori è largamente diffusa nel nostro sistema paese basti pensare all'ANAC che certifica le SOA o alla società ACCREDIA, L'Ente Italiano di Accreditamento.

⁷⁴ La normativa che riguarda la qualificazione delle Centrali Uniche di Committenza (CUC), introdotta dall'art. 38 del Codice prevede che *"Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 37 in materia di aggregazione e centralizzazione degli appalti, è istituito presso l'ANAC, che ne assicura la pubblicità, un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate di cui fanno parte anche le centrali di committenza. La qualificazione è conseguita in rapporto agli ambiti di attività, ai bacini territoriali, alla tipologia e complessità del contratto e per fasce d'importo"*. Il comma 3 del medesimo articolo prevede che *"La qualificazione ha ad oggetto il complesso delle attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro in relazione ai seguenti ambiti: a) capacità di programmazione e progettazione; b) capacità di affidamento; c) capacità di verifica sull'esecuzione e controllo dell'intera procedura, ivi incluso il collaudo e la messa in opera"* Tale struttura ha l'obiettivo di creare uffici super specializzati in grado di realizzare appalti abbattendo le spese di progettazione, affidamento e gestione delle gare d'appalto ed, al tempo stesso, di ridurre il contenzioso.

⁷⁵ L'essenza dei verbali veniva individuata dal FERRARA in tre fattori: a) la sussistenza di fatti presenti all'autore del documento al momento in cui egli effettua la documentazione; b) La considerazione di tali fatti nella loro materialità, *"per il modo come si manifestano e quindi come sono percepiti dai sensi, anche quando consistono in dichiarazioni"*; c) la provenienza da soggetti a ciò legittimati dalla legge al fine di attestare la verità. Così in F. FERRARA, Il verbale di assemblea delle società per azioni, in Scritti in onore di Piero Calamandrei, pubblicato nella Rivista delle Società diretta da Tullio Ascarelli, anno II, 1957, p.5.

Secondo la più accreditata dottrina in materia di studio sugli atti amministrativi⁷⁶ è sostenibile che il verbale⁷⁷ possa definirsi quale atto giuridico, appartenente alla categoria delle certificazioni⁷⁸, avente lo scopo di descrivere atti o fatti rilevanti per il diritto⁷⁹, compiuti alla presenza di un funzionario verbalizzante cui è stata attribuita detta funzione. La verbalizzazione pertanto ha l'obiettivo di assicurare e dare conto della certezza degli atti e fatti descritti, documentando la loro esistenza^{80 81}.

Altre impostazioni dottrinarie descrivono gli atti verbali quali narrazioni dei fatti nell'ambito dei quali si è concretizzata la storicità di una certa attività⁸².

Va inoltre ricordato che il verbale è un atto endoprocedimentale come sostiene il Casetta il quale ricorda che *“tra i due estremi del procedimento – l’iniziativa, da un lato, e l’integrazione*

⁷⁶ “Volendo trarre, in prima approssimazione, talune conclusioni, può affermarsi che l'atto amministrativo deve essere adottato da una Pubblica Amministrazione nell'esercizio di una potestà amministrativa riconosciuta dalla legge per la cura dell'interesse pubblico. All'interno di questa ampia categoria occorre distinguere tra meri atti amministrativi e provvedimenti” Così in GAROFOLI – FERRARI, Manuale di Diritto Amministrativo, X Edizione 2016/2017, Nel Diritto Editore, p.822; Si segnala una più datata definizione secondo la quale La categoria “atti amministrativi” ricomprende “ogni dichiarazione di volontà, dell'amministrazione pubblica nell'esercizio di una potestà amministrativa (così in ZANOBINI, Corso di Diritto Amministrativo, I, Milano, 1958) vi rientrano, quindi, gli atti endoprocedimentali, quali pareri e valutazioni tecniche, le proposte, le intimazioni, le certificazioni, con funzioni non di rado accessoria e strumentale rispetto al provvedimento.

⁷⁷ La parola di origine francese (proces-verbal), compare in Italia per la prima volta nel 1877, indicando una relazione scritta di ciò che si è detto o si è trattato in un'adunanza. Così il Dizionario etimologico italiano di C. BATTISTI – G. ALESSIO, mentre il LITTE', nel Dictionnaire de la langue Francaise, accenna a un duplice significato: l'atto nel quale un pubblico ufficiale o altra persona avente la qualità prescritta constata un fatto e tutte le sue circostanze oppure il resoconto scritto di una cerimonia.

⁷⁸ *Taluni atti dichiarativi hanno invece la funzione di attribuire certezza legale ad un dato (fatto, atto, stato qualità o rapporto), precludendo ai consociati di assumere che il dato sia diverso da come è raffigurato nell'atto (Giannini), a meno di non porre in essere peculiari forme di verifica previste dall'ordinamento (es, il cambiamento, l'aggiunta o la rettifica). Questi atti detti di “certazione”, dunque, producono certezze che valgono erga omnes. Essi sono tipici e nominati e corrispondono a un'importante funzione pubblica – quella di produrre certezza e di stabilire rapporti sociali (Romano Tassone) – dell'amministrazione nella moderna società. È da ritenere che tali atti siano espressione di un potere certificativo che partecipa di molti caratteri di quello provvedimentale: la certezza, infatti, è un effetto che si pone sul piano dell'ordinamento generale. Così in E. CASSETTA, Manuale di diritto amministrativo, XIII edizione, Giuffrè Editore, P. 364.*

⁷⁹ *Come noto, il verbale, atto giuridico appartenente alla categoria degli atti certificativi, è il documento preordinato alla descrizione di atti o fatti, rilevanti per il diritto, compiuti alla presenza di un soggetto verbalizzante, appositamente incaricato di tale compito. (Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 18 luglio 2018, n.4373)*

⁸⁰ G. GENTILINI, *Alcuni cenni sugli atti verbalizzazioni degli organi collegiali*, 2005, Diritto.it

⁸¹ G. AVALLONE, *Natura giuridica dei verbali e documentazione dell'atto amministrativo*, 2018, Cammino Diritto, rivista giuridica.

⁸² Si segnala inoltre che si suole distinguere in “verbali di dichiarazioni” e “verbali di constatazione”: nei primi si raccontano fatti passati al dichiarante mediante dichiarazioni di scienza (o dichiarazioni di verità) riproducendo la conoscenza sulla base del ricordo conservato nella propria mente; nei secondi, i verbali di constatazione, non si riproduce ciò che il soggetto sa, ma quello che vede e sente, sopprimendo l'intervento della memoria. Le constatazioni riguardano la rappresentazione intellettuale che il soggetto riceve a mezzo dei propri sensi di un fatto che sta dinanzi a lui o che si svolge sotto i propri occhi. Così in F. CARNELLUTI, *La prova civile*, Roma, 1947, p. 153.

dell'efficacia, ove prevista, o l'emanazione del provvedimento, dall'altro – trovano posto i c.d. atti endoprocedimentali. Questi, pur normalmente indifferenti per l'ordinamento generale, sono tuttavia, destinati a produrre effetti rilevanti nell'ambito del procedimento stesso: infatti, sono “costitutivi” – si ripete, sul piano e nell'ambito ora considerati – dell'effetto endoprocedimentale che l'ordinamento amministrativo ad essi collega. In particolare, questi non soltanto generano l'impulso alla progressione del procedimento, ma contribuiscono altresì a condizionare in vario modo la scelta discrezionale finale (basti pensare ai pareri alle osservazioni e memorie presentate dai privati, alle valutazioni tecniche), ovvero la produzione dell'effetto sul piano dell'ordinamento generale”⁸³

È il caso di chiarire che il verbale, all'interno del procedimento su menzionato, è parte del processo di “formazione della volontà” dell'amministrazione ben distinto, seppur legato, alla “manifestazione della volontà” di questa che si concretizza con la pubblicazione dell'atto amministrativo avente valore giuridico il quale incide sulle posizioni giuridiche altrui come confermato dalla più recente giurisprudenza⁸⁴.

Procedendo nella trattazione delle caratteristiche generali del verbale viene in rilievo il contenuto dell'art. 2699 del Codice Civile il quale precisa che “L'atto pubblico è il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato”.

Elementi caratteristici dell'atto pubblico sono: quello oggettivo, inerente al rispetto di determinate formalità ed individuato per *relationem* nelle prescrizioni contenute nella normativa speciale; quello soggettivo, attinente allo status di soggetto qualificato, qual'è il

⁸³ E. CASSETTA, Manuale, op. cit. p.411, 412.

⁸⁴ Se è vero che la verbalizzazione delle attività espletate da un organo amministrativo collegiale costituisce un atto necessario, in quanto, consentendo la verifica della regolarità delle relative operazioni, rappresenta un requisito sostanziale per la stessa esistenza di detta attività, essa si inquadra pur sempre tra i mezzi di mera documentazione dell'attività collegiale. Ne deriva che il momento dell'esaurimento di tutti gli incumbenti, volti all'esternazione documentale delle operazioni collegiali effettuate, non può essere confuso né sotto il profilo logico né sotto il profilo funzionale con quello nel quale si determina compiutamente la volontà dell'organo, la quale, laddove necessario o utile all'efficienza dell'azione amministrativa, nelle more della verbalizzazione del verbale, può essere rappresentata a mezzo di altri atti a rilevanza esterna, ferma restando, naturalmente, la necessità della assoluta identità di contenuto tra tali atti e il verbale. (Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 18 luglio 2018, n.4373)

notaio ovvero altro pubblico ufficiale, e infine quello c.d. funzionale, consistente nella specifica autorizzazione della legge ad attribuire efficacia probatoria rafforzata a quanto attestato dal soggetto pubblico.

In presenza di tali elementi, il codice deroga alla regola generale della libera apprezzabilità prevista dall'art. 116, comma 1 c.p.c.⁸⁵ e riconosce valore di "piena prova" all'attestazione effettuata dal pubblico ufficiale.

Non sfugge certamente allo scrivente la differenza tra i provvedimenti⁸⁶ e i c.d. meri atti amministrativi⁸⁷, all'interno della quale ultima categoria rientrano i verbali, tuttavia questa categorizzazione era stata originariamente formulata in un'epoca in cui tutta l'attenzione giuridica era focalizzata sull'atto terminale del procedimento amministrativo⁸⁸. In linea di principio stante le caratteristiche degli atti amministrativi non provvedimentali⁸⁹, ne va esclusa una loro autonoma impugnazione mancando in capo al privato un interesse diretto

⁸⁵ Art. 116, comma 1, cpc *"Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti"*

⁸⁶ Diversamente da quanto si registra in altri ordinamenti, manca nel nostro una definizione legislativa di atto e provvedimento amministrativo. Si tratta di una nozione elaborata essenzialmente dalla dottrina e dalla giurisprudenza, impegnate soprattutto nel dare soluzione al problema processuale dell'identificazione degli atti ricorribili innanzi al Consiglio di Stato, sin dall'istituzione nel 1889 della Quarta Sezione. A questo proposito si segnala che l'art. 35 della legge tedesca del 1976 sul procedimento definisce per esempio l'atto amministrativo come *"ogni provvedimento, decisione o altra misura autoritativa, che è emanata da un'autorità amministrativa per regolare un caso singolo nel campo del diritto pubblico e che è volto a produrre un effetto giuridico diretto verso l'eterno"*. Si segnala, al fine di dare conto delle diverse interpretazioni sulla definizione di "provvedimento amministrativo" ed "atto amministrativo", VILLATA – RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, op cit.; GIANNINI, *atto amministrativo*, in Enc. Dir, 159, 157, ss; VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968; MATTARELLA, *L'imperatività dell'atto amministrativo*, - Saggio Critico, Padova, 2000.

⁸⁷ Definiti anche atti amministrativi non provvedimentali o ancora atti strumentali. In relazione alle diverse teorie sorte al fine di dare una risposta su cosa sia un atto amministrativo si segnala che si sono sviluppate due diverse scuole di pensiero: la prima, definita della Teoria Formale, più tradizionale, dava una nozione molto ampia di atto amministrativo, fino a ricomprendere addirittura gli atti normativi del potere esecutivo come decreti legge e decreti legislativi delegati; era atto amministrativo, secondo tale visione, ogni atto emanato in virtù di un potere pubblicistico; Segui, l'affermarsi di una Teoria, detta formale/sostanziale, che individuava nell'atto amministrativo due caratteristiche fondamentali, l'una di tipo formale, costituita dalla riferibilità dello stesso ad un'autorità amministrativa che lo adotta e l'altra, di tipo sostanziale, dovendo l'atto essere emanato per la cura di un interesse pubblico. Si segnalano, inoltre, la Teoria Negoziabile e la Teoria Funzionale/Procedimentale Così in GAROFOLI – FERRARI, op. cit., p.

⁸⁸ R. VILLATA e M. RAMAJOLI, *Il Provvedimento amministrativo*, Seconda edizione, Giappichelli Editore, 2017, p.45.

⁸⁹ Quanto alle classificazioni elaborate con riferimento agli atti amministrativi non provvedimentali, va in primo luogo segnalata quella, incentrata sulla natura dell'elemento psicologico di cui sono manifestazione, che distingue a seconda che consistano o meno in manifestazioni di volontà. Appartengono alla prima famiglia gli Atti Paritetici, gli Atti che si inseriscono nella fase preparatoria del procedimento amministrativo e gli Atti di Controllo; appartengono alla seconda famiglia – quelli cioè che non sono manifestazioni di volontà – gli Atti Ricognitivi, gli Atti di Valutazione e gli Atti di Giudizio. Così in GAROFOLI – FERRARI, op. cit. p.838.

ed attuale al riguardo. Ciò nonostante gli atti in questione talvolta, come si dirà poco oltre, sono impugnabili davanti al giudice amministrativo (dall'atto di esclusione di una gara d'appalto o di un concorso pubblico o anche ad un diniego di nulla osta) pare, dunque, dubbia l'utilità dell'individuazione di un'autonoma categoria di atti strumentali da contrapporre rigidamente a quella dei provvedimenti amministrativi, considerando poi che alcune componenti del regime giuridico del provvedimento amministrativo (dall'obbligo di motivazione⁹⁰ alla sottoposizione dell'annullamento d'ufficio) si applicano anche a tali atti⁹¹.

In generale, nella materia degli appalti, i verbali, in quanto momento di formazione della volontà della Pubblica Amministrazione, in vigenza del "vecchio" Codice⁹² non venivano impugnati in quanto non incidavano sulle situazioni giuridiche soggettive dei concorrenti

⁹⁰ In relazione alla validità sia dell'atto amministrativo e del provvedimento si ricorda che la motivazione è fondamentale al fine della sua validità, con alcune eccezioni. In generale, la dottrina (ROANO, TASSONE) ne ha sottolineato il carattere discorsivo argomentativo rivolto non soltanto al privato destinatario dell'atto e agli organi cui compete il controllo amministrativo e il sindacato amministrativo e giurisdizionale su di esso, ma anche all'opinione pubblica. Ciò ai fini del sindacato diffuso delle comunità in ordine alla non arbitrarietà della soluzione adottata dalla pubblica amministrazione. Il dovere della motivazione è stato introdotto dall'art. 3 della L. 241/90 il quale dispone che *"Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria"*. Ciò nonostante la norma prevede una deroga alla motivazione nei casi in cui l'atto faccia riferimento ad un altro atto che contenga esplicita motivazione (motivazione per relationem). In relazione agli atti amministrativi non provvedimentali vige l'obbligo della motivazione per tutti quelli che la dottrina e la giurisprudenza avevano più o meno concordemente sostenuto la necessità della motivazione (ad esempio, non andrebbe motivata l'attribuzione dei punteggi nei pubblici concorsi, trattandosi di attività non provvedimentale, ma di giudizio. Ad ulteriore supporto di questa tesi si aggiunge poi che il voto in effetti sintetizza in forma numerica il giudizio; nel senso, però, che il punteggio numerico può considerarsi sufficiente soltanto se i criteri di massima siano stati predeterminati rigidamente. Si veda Consiglio di Stato, sez. V, n. 5899/2003).

⁹¹ Pur riconoscendo al verbale la sua natura di atto amministrativo non provvedimentale, con i limiti già citati di tale categorizzazione, è necessario effettuare una breve disamina in merito a profili, che riguardano anche questa categoria, quali la validità, il perfezionamento e l'efficacia. L'atto è perfetto quando, al termine del procedimento della sua formazione, sono venuti in essere tutti gli elementi rilevanti per la sua giuridica esistenza e per la sua riconducibilità a quel tipo normativo di atto. L'atto amministrativo è efficace se risulta idoneo a produrre un effetto giuridico (lo è ad esempio l'atto che obbliga ad un fare). In merito all'efficacia si veda, ad esempio, quanto disposto dalla L. 241/90 all'art. 21.bis il quale prevede che *"L'atto limitativo della sfera giuridica dei privati acquista efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata anche nelle forme stabilite per la notifica agli irreperibili nei casi previsti dal Codice di Procedure Civile[...]"* Il verbale, nel caso di specie, acquisterà efficacia solo quando sarà stato inviato e ricevuto dal soggetto interessato dal contenuto dello stesso; L'atto amministrativo è valido quando presenta tutti gli elementi essenziali richiesti dalla norma e non presenta vizi e dunque può dirsi conforme o pienamente corrispondente alla fattispecie ed alla norma che lo disciplina. In merito alla validità dell'atto va tuttavia segnalato come la dottrina si sia concentrata maggiormente nell'analizzare le fattispecie "anormali" o "patologiche" dello stesso.

⁹² Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (G.U. n. 100 del 2 maggio 2006. Abrogato dall'art. 217 del decreto legislativo n. 50 del 2016)

alla procedura di gara⁹³ e l'eventuale ricorso, in luogo dell'aggiudicazione definitiva, avveniva solo con l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria tuttavia con l'entrata in vigore del "nuovo" Codice tale situazione è parzialmente cambiata con l'entrata in vigore dell'art. 29 rubricato Principi in materia di trasparenza⁹⁴.

Il comma 1 dell'articolo prevedeva che *"Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell' articolo 120, comma 2-bis del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti, economico/finanziari e tecnico-professionali"*.

L'introduzione di questa norma, posta a base della trasparenza della PA, e finalizzata a consentire a tutti i concorrenti un ulteriore momento di verifica della correttezza della procedura ha tuttavia appesantito la procedura e, talvolta, rallentato l'intero processo⁹⁵.

È emerso da subito che il nuovo strumento di tutela non offriva garanzie maggiori ai concorrenti come dimostrato dai fatti, a due anni dalla sua entrata in vigore⁹⁶. È in tale contesto che il verbale, redatto nella fase di analisi della documentazione amministrativa, e non solo, ha assunto un ruolo nuovo grazie alle pronunce giurisprudenziali che ne hanno rivisto la portata e il valore, evidentemente, nello specifico ambito oggetto del presente lavoro.

⁹³ Il comma 5 del D.lgs 163/2006 prevedeva che *"La stazione appaltante, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'art.12, comma 1, provvede all'aggiudicazione definitiva"* tale atto amministrativo era il primo che la dottrina e la giurisprudenza individuavano come impugnabile ai fini della tutela dei diritti eventualmente violati nella procedura.

⁹⁴ Anche se tale modifica non incide con lo studio di cui al presente lavoro, si segnala che con l'approvazione del DL 32/2019 "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici. (19G00040) (GU Serie Generale n.92 del 18-04-2019)" sono stati soppressi i commi primo, secondo, terzo e quarto. Per tale ragione le stazioni appaltanti, a meno di ulteriori e successive modifiche, non dovranno più effettuare le pubblicazioni.

⁹⁵ Al momento della redazione del presente lavoro è in via di conversione il DL 32/2019 il quale potrebbe prevedere ulteriori modifiche all'impianto normativo del Codice dei Contratti.

⁹⁶ In proposito si legga M. TERREI, *L'articolo 29 del Codice dei Contratti ovvero la trasparenza che rende lenti*, Il Diritto Amministrativo, febbraio 2019.

Il verbale assume “maggior” valore ove questo, oltre a possedere i requisiti previsti dalla norma⁹⁷ in merito agli atti amministrativi⁹⁸, modifica situazioni giuridiche dei concorrenti determinandone, ad esempio nello specifico settore degli appalti, l’ammissione o l’esclusione dalle procedure infatti *“è inammissibile l’impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli atti endoprocedimentali privi di immediata lesività”*⁹⁹ ovvero *“quando questi spieghino in via diretta ed immediata una autonoma portata pregiudizievole della sfera giuridica dei destinatari”*¹⁰⁰

A questo proposito, i giudici di prime cure del TAR Bari¹⁰¹ sostengono che *“È appena il caso di richiamare in proposito la giurisprudenza – dalla quale il Collegio non ha motivo di discostarsi - che ammette la legittimità dell’ammissione implicita dei concorrenti attraverso l’indicazione – a verbale - dell’elenco dei concorrenti ammessi (cfr. Tar Emilia-Romagna, Bologna, Sez. II, 26.6.2017, n. 479)”*.

Questa ed altre sentenze, pur non modificando la natura giuridica del verbale, ne ridetermina la portata a patto che, al fine della sua validità, esso rispetti i canoni previsti per questo tipo atti.

⁹⁷ Per identificare in concreto un atto come amministrativo, occorre aver riguardo alla sua morfologia giuridica e ai cinque elementi costitutivi dell’atto: soggetto, oggetto, forma, contenuto e finalità. In altri termini, affinché possa parlarsi della esistenza di un atto amministrativo è indispensabile che esso presenti effettivamente sussistenti tutti i suddetti elementi. La mancanza anche di uno solo di essi rende l’atto (seppur esistente come documento) inesistente – e cioè radicalmente nullo- in quanto atto amministrativo.

⁹⁸ A tal proposito non può non effettuarsi una seppur breve disamina della differenza tra provvedimento e atto amministrativo soprattutto in riferimento alla capacità di questi di produrre effetti giuridici o di modificare situazioni giuridiche in capo a soggetti terzi. Infatti solo il provvedimento, come risultato dell’esercizio del potere amministrativo esercitato da una PA - ovvero da un soggetto ad essa assimilabile – è dotato di effetti sul piano dell’ordinamento generale. La distinzione tra provvedimenti (atto emanato dall’organo competente con cui si chiude un procedimento amministrativo) ed altri atti amministrativi corrisponde dunque tra atti aventi effetti giuridici ora descritti ed atti non suscettibili di produrli. Da tale distinzione discendono distinzioni molto importanti in primo luogo sotto il profilo processuale – si pensi all’impugnabilità dei provvedimenti e alla loro possibilità di essere disapplicati. In genere non si vuole evidentemente negare agli altri atti non provvedimentali un effetto giuridico tuttavia esso si esaurisce in un ambito giuridico differente, per così dire interno alla sfera dell’amministrazione, proprio perché essi non sono suscettibili di incidere su situazioni giuridiche di terzi, riconosciute dall’ordinamento e protette in primo luogo nei confronti dell’amministrazione. Tale atti (pareri, proposte, valutazioni tecniche, intimazioni, diffide, verbali e così via) hanno in linea di massima funzione strumentale o accessoria rispetto ai provvedimenti. Così in CASETTA, op. cit. p.519.

⁹⁹ TAR Veneto, Sez. III, 16 febbraio 2017, sentenza n. 171,

¹⁰⁰ *Tanto chiarito, osserva il Collegio che in linea di principio gli atti endoprocedimentali non sono impugnabili in via autonoma, in quanto la lesione della sfera giuridica del destinatario è di regola imputabile solo all’atto che conclude il procedimento. Peraltro, è ammissibile l’impugnazione anticipata di tali atti in via meramente eccezionale solo nei casi in cui, in ragione della natura vincolata, tali atti siano idonei a conformare in maniera netta la determinazione conclusiva del procedimento, ovvero, quando questi spieghino in via diretta ed immediata una autonoma portata pregiudizievole della sfera giuridica dei destinatari.*

¹⁰¹ TAR Bari, sez. II, 5 aprile 2018, sentenza n. 672.

2.1. – sulla forma del verbale

In generale il diritto amministrativo sancisce un principio (seppur temperato da varie pronunce giurisprudenziali) di libertà della forma salvo che non sussistono del diritto positivo delle specifiche norme giuridiche che dispongono invece una determinata forma richiesta per l'esistenza dell'atto cd *ad substantiam*.

Detto principio di libertà della forma, in ogni caso, è relativo alla possibilità di redazione di un atto in forma scritta senza il rispetto di particolari metodi solenni.

In genere è la legge che stabilisce quale forma l'atto debba assumere, in ossequio ai principi di tipicità e nominatività degli atti. In difetto, occorre valutare il grado di incidenza dell'atto sulle situazioni giuridiche dei destinatari e la natura degli interessi in gioco, richiedendosi preferibilmente la forma scritta nel caso di provvedimenti limitativi della sfera giuridica altrui. Resta, inoltre, da chiarire che la forma dell'atto si distingue necessariamente rispetto alla documentazione nell'ambito della quale vengono trascritti gli accadimenti dei fatti occorsi, anche in considerazione che, allo stato delle cose, non può non avere la consistenza dell'atto scritto.

Proprio per questa sua funzione di documentazione di accadimenti, il verbale, quale atto amministrativo, va tenuto distinto sia dagli atti o fatti in esso descritti, sia dagli ulteriori atti nei quali si concretizzerà l'atto già adottato (ad esempio, deliberazione dell'organo collegiale).

Più in particolare, l'esternazione dell'atto in quanto "adottato", cui attiene la problematica della forma (necessità della forma scritta ovvero principio di libertà della forma), va tenuta distinta, come già accennato, dalla documentazione dell'atto, che avviene normalmente per iscritto e che, in linea di massima, non può non esservi¹⁰².

¹⁰² Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 18 luglio 2018, n.4373.

D'altronde la documentazione dell'atto per scritto resta fondamentale anche per il motivo che, nonostante non via possa essere in taluni casi una forma prescritta *ad substantiam*, resta strumentale rispetto all'esigenza di poter assicurare la impugnabilità e la relativa sindacabilità da parte della competente autorità giudiziaria.

Con ciò si afferma pertanto che, nel prescindere da un'essenziale esigenza di forma scritta per la sostanza dell'atto amministrativo, quest'ultimo è necessariamente documentabile mediante la scrittura od altro strumento¹⁰³ da cui possa trarsi la verificabilità dell'atto o dei fatti avvenuti.

Altresì importante è l'affermazione del Consiglio di Stato sentenza n. 4373/2018 nella quale si afferma che la mancanza o il difetto di verbalizzazione non comportano l'inesistenza dell'atto amministrativo, poiché la determinazione di volontà da parte dell'organo è distinta inequivocabilmente dalla sua proiezione formale.

Nell'ambito degli appalti è stato, ed è tutt'ora, consuetudine redigere il verbale in forma scritta anche se in alcuni casi lo scrivente, in accordo con il dirigente di settore, ha provveduto ad effettuare una registrazione delle sedute di gara.

3. – Il soggetto verbalizzante

A seconda della fattispecie di seduta, colui che, nell'ambito della pubblica amministrazione svolge funzioni di agente verbalizzante si identifica generalmente in un funzionario amministrativo.

Nel caso di un organo monocratico inoltre il verbalizzante è frequentemente identificabile con l'agente che emana l'atto amministrativo.

Il verbalizzante è indubbiamente un soggetto essenziale per la funzione svolta, soprattutto con riferimento ai collegi considerato che comunque la manifestazione della volontà

¹⁰³ Per una definizione di "documento" si veda, tra gli altri, l'art. 22, co. 1, lett. d) della legge 7 agosto 1990, n. 241, Nuove norme sul procedimento amministrativo.

collegiale deve essere acclarata mediante appositi atti di verbalizzazione, dallo stesso estesi, al fine di dare conto degli atti e di consentirne il controllo.

Nell'ambito degli appalti, in assenza di una specifica norma di riferimento, il soggetto verbalizzante è un dipendente amministrativo con esperienza nella materia degli appalti il quale, generalmente, affianca già il Responsabile Unico del Procedimento (RUP) o il dirigente del settore nella gestione dell'intero ufficio. Si segnala, inoltre, che la scelta del soggetto verbalizzante da parte del presidente del seggio di gara o della Commissione Giudicatrice, ove questa decida di affidare ad un soggetto esterno alla commissione, è sempre legata al rapporto di fiduciario con il soggetto prescelto in relazione alla conoscenza della materia e alla capacità di effettuare correttamente la funzione.

4. – I contenuti e le formalità delle verbalizzazioni

Dal punto di vista contenutistico e formalistico l'atto di verbalizzazione, avente una funzione di certificazione pubblica, contiene e rappresenta i fatti e gli atti giuridicamente rilevanti che è necessario siano conservati per le esigenze probatorie con fede privilegiata - dal momento che sono redatti da un pubblico ufficiale - che si sostanzia essenzialmente nella attendibilità in merito alla provenienza dell'atto, alle dichiarazioni compiute innanzi al pubblico ufficiale ed ai fatti innanzi a lui accaduti.

Peraltro in funzione di tale presupposto eziologico, la Corte di Cassazione ha in altre circostanze affermato che non può essere, attribuita la fede privilegiata né ai giudizi valutativi, né alla menzione di quelle circostanze relative ai fatti avvenuti in presenza del pubblico ufficiale che possono risolversi in suoi apprezzamenti personali, perché mediati attraverso l'occasionale percezione sensoriale di accadimenti che si svolgono così repentinamente da non potersi verificare e controllare secondo un metro obiettivo, (Cass. Sez. I, sent. N. 17106, del 3/12/2002).

Resta il fatto che il verbale non deve necessariamente riportare tutti gli atti o fatti ma solo quelli che sono ragionevolmente e strettamente funzionali alla finalità per cui si dispone la verbalizzazione. Di conseguenza, nei casi di un organo collegiale, ma non solo, è necessario indicare il luogo, la data del collegio, i componenti del collegio, l'oggetto delle singole manifestazioni di volontà deliberate.

È opportuno, inoltre, ricordare che il verbale deve riportare in sé l'indicazione del numero e del nome e qualità dei componenti partecipanti alla seduta, la data, il luogo, le eventuali sospensioni del collegio, gli allontanamenti. Per le sedute della Commissione Giudicatrice è necessario che il verbale riporti, nelle varie formulazioni che la giurisprudenza ha ammesso, l'insieme delle valutazioni e il percorso logico valutativo effettuato dal collegio nel suo insieme.

Con riguardo specifico alle dichiarazioni che eventuali terzi estranei alla pubblica amministrazione che vengano richieste di essere inserite nel testo della verbalizzazione della seduta, può affermarsi, conformemente alla dottrina, che in mancanza di determinazioni di legge o comunque di norme positive, sia preferibile fare risultare dette dichiarazioni nell'atto verbale proprio a maggior favore della chiarezza e dell'acclaramento degli atti e dei fatti. Dette dichiarazioni sono preferibilmente da rendere in forma sintetica rispetto alle argomentazioni di colui che espone.

L'uso degli strumenti elettronici di negoziazione sembrerebbe escludere questa situazione tuttavia potrebbe essere necessario allegare al verbale dichiarazioni che potrebbero essere inviate da uno o più concorrenti alla procedura sotto forma di quesiti, richieste di chiarimenti o di semplici segnalazioni.

Nella pratica giuridica sembra potersi accettare la dichiarazione scritta e resa da parte dell'esponente da potersi allegare successivamente all'atto verbale, in modo tale da poter contemperare vari interessi.

Ad ogni buon conto nel caso in cui il verbalizzante proceda mediante la redazione di un documento scritto è quest'ultimo che funge da verbale, potendosi attribuire ad eventuali strumenti aggiuntivi quali, ad esempio, un registratore o altri strumenti simili, una funzione di ausilio e non di sostituzione del verbale.

5. – La redazione del verbale

Nella prassi amministrativa il segretario verbalizzante procede alla redazione di una minuta della seduta del seggio la quale può consistere in semplice foglio sul quale quest'ultimo prende degli appunti in merito alle considerazioni esposte dal Presidente del seggio di gara o dai membri della commissione tuttavia può trattarsi anche di schede sintetiche redatte per ogni singolo concorrente.

Infatti, la stessa giurisprudenza amministrativa, con la quale si concorda pienamente, ritiene che il verbale non deve essere necessariamente prodotto ed approvato in contemporaneità con la seduta dell'organo che lo ha prodotto¹⁰⁴ per tale ragione posso essere ammesse minute o appunti.

Infine, con particolare riferimento agli appunti e le minute che vengono prodotti durante la seduta del collegio, di per sé, hanno anch'essi una validità giuridica. Infatti, soprattutto in mancanza di una diversa prescrizione normativa, detti appunti, costituenti la memoria dei fatti e sottoscritti dal pubblico funzionario a ciò incaricato, assumono un'efficacia di atto amministrativo preparatorio del verbale così come verrà prodotto. Può infatti accadere che una procedura esperita in modalità telematica si protragga per molti giorni per cui potrebbe essere utile realizzare delle schede – predisposte dall'ufficio – utilizzate per prendere

¹⁰⁴ *E infatti, il principio di analiticità e tempestività della verbalizzazione non comporta anche la necessaria contestualità di esternalizzazione dell'attività svolta dalla commissione, così che la materiale redazione del verbale e l'approvazione dello stesso non devono necessariamente avvenire al termine di ogni seduta* (TAR Lazio, Sez. I, 30 novembre 2018, sentenza n. 10460)

appunti, a mò di note, da allegare al verbale stesso evitando così di stilare un verbale eccessivamente lungo.

Ed in merito al numero di sedute necessarie alla valutazione dei vari documenti¹⁰⁵ e alla loro contestuale produzione la giurisprudenza ritiene che *se la verbalizzazione consiste nella redazione di un documento che riassume taluni fatti accaduti, ciò non significa che, al termine di ogni seduta, esso debba essere redatto, approvato e indi sottoscritto. In sintesi, la giurisprudenza (...), ritiene che, sebbene la confezione di separati atti, ossia, un verbale per ciascuna seduta, sia il metodo da preferire, in mancanza di norme, anche della lex specialis, che prescrivano la documentazione distinta per ogni riunione, nulla impedisce ad una commissione di gara di redigere un unico verbale di tutte o di parte delle operazioni compiute, ancorché relativo a più giornate*¹⁰⁶.

6. – Il verbale nella normativa Appalti

Dopo aver effettuato una trattazione generale del documento oggetto del presente lavoro è necessario analizzare le prescrizioni, ove presenti, nella normativa comunitaria e nazionale nello specifico settore degli Appalti al fine coordinarle con quanto finora descritto e comprenderne la portata.

All'interno della Direttiva Appalti del 2004¹⁰⁷ vi era un riferimento ai verbali nell'art. 43 rubricato *Contenuto dei verbali*. L'articolo prevedeva che *“Per ogni appalto, ogni accordo quadro e ogni istituzione di un sistema dinamico di acquisizione l'amministrazione aggiudicatrice redige un verbale contenente almeno le seguenti informazioni”*¹⁰⁸. L'articolo, inserito all'interno della *Sezione*

¹⁰⁵ Si pensi alle procedure aperte con centinaia di concorrenti nelle quali l'analisi dei tre plichi (amministrativo, tecnico ed economico) richiede decine di sedute che potrebbero protrarsi per diversi mesi dall'inizio della valutazione delle offerte.

¹⁰⁶ TAR Abruzzo L'Aquila, Sez. I, 2 gennaio 2017, sentenza n. 2.

¹⁰⁷ DIRETTIVA 2004/18/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi

¹⁰⁸ **a)** il nome e l'indirizzo dell'amministrazione aggiudicatrice, l'oggetto e il valore dell'appalto, dell'accordo quadro o del sistema dinamico di acquisizione; **b)** i nomi dei candidati o degli offerenti presi in considerazione e i motivi della scelta; **c)** i nomi dei candidati o degli offerenti esclusi e i motivi dell'esclusione; **d)** i motivi del rigetto delle offerte giudicate anormalmente basse; **e)** il nome dell'aggiudicatario e la giustificazione della scelta della sua offerta nonché, se è nota, la parte dell'appalto o dell'accordo quadro che l'aggiudicatario intende subappaltare a terzi; **f)** nel caso di

I – Pubblicazione Bandi e avvisi, non conteneva indicazioni precise sulla modalità di redazione dei verbali in quanto strumento di verbalizzazione delle operazioni di gara nelle sue diverse fasi si preoccupava piuttosto di dettare una norma che indicasse quali dovevano essere gli elementi in esso contenuti al fine di rendere pubblici, ai concorrenti della procedura e non, i dati della gara – identificativi della Stazione Appaltante, tipo di procedura prescelta, numero di concorrenti ecc. – e dell’aggiudicatario.

Qualche indicazione procedurale in più si poteva trovare all’articolo 74 nel quale si affrontava il tema della valutazione effettuata dalla Commissione Giudicatrice alla quale veniva indicato di iscrivere *“in un verbale, firmato dai suoi membri, le proprie scelte, effettuate secondo i meriti di ciascun progetto, nonché le proprie osservazioni e tutti i punti che richiedono di essere chiariti”* e poco oltre che in relazione alle comunicazioni con i concorrenti *“È redatto un verbale completo del dialogo tra i membri della commissione giudicatrice e i candidati”*.

Non una vera propria guida ma un’indicazione precisa che introduceva, in relazione alla stesura del verbale, elementi interessanti quali;

- . la descrizione dettagliata del processo di valutazione dei singoli progetti esaminati con la precisazione dei “meriti” di ognuno di questi;
- . le osservazioni, della Commissione nella sua collegialità o dei singoli membri, effettuate in relazione ai progetti;
- . i punti che richiedono di essere chiariti e che successivamente, in fase di contraddittorio, verranno richiesti ai concorrenti;
- . la firma apposta da tutti i membri della Commissione.

Nel Codice dei Contratti approvato dal Parlamento Italiano nel 2006¹⁰⁹ la questione dei verbali veniva affrontata all’interno dell’art. 78 il quale conteneva le medesime indicazioni

procedure negoziate, le circostanze di cui agli articoli 30 e 31 che giustificano il ricorso a siffatte procedure g) in caso di dialogo competitivo, le circostanze di cui all'articolo 29 che giustificano il ricorso a tale procedura; h) se del caso, le ragioni per le quali l'amministrazione aggiudicatrice ha rinunciato ad aggiudicare un appalto, a concludere un accordo quadro o a istituire un sistema dinamico di acquisizione.

¹⁰⁹ Decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, (G.U. n. 100 del 2 maggio 2006), (abrogato dall’art. 217 del decreto legislativo n. 50 del 2016)

generali dell'art. 46 della Direttiva introducendo, all'interno del comma 2, un rimando agli ordinamenti interni delle Stazioni Appaltanti in riferimento alle modalità di stesura degli stessi¹¹⁰.

Nel 2014 il Parlamento Europeo e il Consiglio hanno approvato le tre Direttive sugli Appalti che hanno sostituito le due precedenti ed il tema della verbalizzazione viene affrontato, sia nella direttiva 24/2014/UE sugli appalti pubblici che nella Direttiva 25/2014/UE sugli enti erogatori di servizi, negli articoli dedicati alle Commissioni Giudicatrici in relazione alla *“Organizzazione dei concorsi di progettazione e selezione dei partecipanti”* ove il contenuto della norma è identico a quello dell'art. 74 di cui si è appena detto.

Risulta utile aggiungere che nella Direttiva 24/2014/EU all'interno del considerando n. 126 dedicato al tema della trasparenza e della tracciabilità viene stabilito che *“La tracciabilità e la trasparenza del processo decisionale nelle procedure di appalto è essenziale per garantire procedure leali nonché combattere efficacemente la corruzione e le frodi”* ed al fine di raggiungere questi obiettivi risulta doveroso lasciare traccia delle procedure e dei processi in un *“verbale”* infatti è *“altresì necessario che gli elementi essenziali e le decisioni delle singole procedure di aggiudicazione degli appalti siano documentati in una relazione sull'appalto”*

Nel nuovo Codice di cui al Decreto Legislativo 50/2016 al di là delle diverse citazioni del verbale, nelle quali non si affronta il tema delle modalità e dei criteri della verbalizzazione, all'art. 155 lo si ritrova come documento/atto nel quale quest'ultimo ha la funzione di testimoniare/descrivere eventi e fatti accaduti all'interno di un processo decisionale.

L'articolo, rubricato *“Commissione giudicatrice per i concorsi di progettazione”*, indica ai membri del consesso come e cosa riportare all'interno del verbale ed infatti al comma 4, dopo aver fornito alcune indicazioni sulla procedura di valutazione dei progetti, indica che la Commissione:

- a) *verifica la conformità dei progetti alle prescrizioni del bando;*
- b) *esamina i progetti e valuta, collegialmente ciascuno di essi;*

¹¹⁰ Le Stazioni Appaltanti provvedono alla redazione del verbale secondo le disposizioni dei rispettivi ordinamenti.

- c) *esprime i giudizi su ciascun progetto sulla base dei criteri indicati nel bando, con specifica motivazione;*
- d) *assume le decisioni anche a maggioranza;*
- e) *redige i verbali delle singole riunioni;*
- f) *redige il verbale finale contenente la graduatoria, con motivazione per tutti i concorrenti;* g) *consegna gli atti dei propri lavori alla stazione appaltante.*

ed ancora al comma 5. *I candidati possono essere invitati, se necessario, a rispondere a quesiti che la commissione giudicatrice ha iscritto nel processo verbale allo scopo di chiarire qualsivoglia aspetto dei progetti. è redatto un processo verbale completo del dialogo tra i membri della commissione giudicatrice e i candidati”.*

Dalla lettura del comma 4 appare evidente come il legislatore abbia voluto descrivere il processo che la Commissione deve effettuare per la verifica e valutazione di ogni singolo progetto ed al tempo stesso la modalità di verbalizzazione che deve essere tenuta al fine di rendere pubblico tale processo nel rispetto del Principio costituzionale del Buon Andamento al quale l’azione della PA deve sempre ispirarsi.

7. – La funzione assegnata dalla norma alle Piattaforme Elettroniche di Negoziazione

Preliminarmente occorre chiarire che, come da consolidata giurisprudenza¹¹¹, in merito alle piattaforme di e-procurement, ciò che caratterizza le gare telematiche rispetto ad una tradizionale gara d’appalto è l’utilizzo di una piattaforma on-line di e-procurement e di strumenti di comunicazione digitali (firma digitale e PEC), che di fatto rendono l’iter più efficiente, veloce e sicuro rispetto a quello tradizionale, basato sull’invio cartaceo della documentazione e delle offerte.

¹¹¹ *Ex multis* TAR Puglia, Sez. II, 17 dicembre 2018, sentenza n. 1609; Consiglio di Stato, Sez III, 3 ottobre 2016, sentenza n. 4050.

Le fasi di gara seguono una successione temporale che offre garanzia di corretta partecipazione, inviolabilità e segretezza delle offerte: la firma digitale garantisce infatti la certezza del firmatario dell'offerta e la marcatura temporale ne garantisce la data certa di firma e l'univocità della stessa.

Attraverso l'apposizione della firma e marcatura temporale, da effettuare inderogabilmente prima del termine perentorio fissato per la partecipazione, e la trasmissione delle offerte esclusivamente durante la successiva fase di finestra temporale, si garantisce la corretta partecipazione e inviolabilità delle offerte.

I sistemi provvedono, infatti, alla verifica della validità dei certificati e della data e ora di marcatura: l'affidabilità degli algoritmi di firma digitale e marca temporale garantiscono la sicurezza della fase di invio/ricezione delle offerte in busta chiusa.

Giunti a questo punto dell'analisi è fondamentale comprendere quale sia il vero ruolo assegnato dalla norma comunitaria e nazionale agli strumenti elettronici di negoziazione al fine comprendere come sono state impostate le regole tecniche di funzionamento delle stesse e se, nello specifico argomento oggetto di questo lavoro – il verbale – con quale criterio essi vengono generati visto che, evidentemente, sono frutto di un processo automatizzato nel quale “il sistema” incolla, all'interno di un *testo base*, il contenuto alfanumerico inserito dall'operatore in determinati spazi a mò di form.

7.1 – Le norme tecniche dei sistemi telematici nella Direttiva e nel Codice

Nella Direttiva 24/2014/UE al considerando n.52, che introduce il concetto dei mezzi elettronici di comunicazione e ne definisce l'ambito di utilizzo, si precisa che “*al fine di accrescere l'efficacia e la trasparenza delle procedure di appalto [...] è opportuno introdurre l'obbligo di*

trasmissione di bandi e avvisi per via elettronica e l'obbligo di rendere disponibili in forma elettronica i documenti di gara” e quindi introdurre “l'obbligo della comunicazione integralmente elettronica, ossia la comunicazione tramite strumenti elettronici, in tutte le fasi della procedura, compresa la trasmissione di richieste di partecipazione e, in particolare, la presentazione (trasmissione per via elettronica) delle offerte”.

Il testo del medesimo considerando, in riferimento alla funzione e alle funzioni delle Piattaforme Elettroniche di Negoziazione precisa che *“Occorre altresì precisare che il ricorso obbligatorio a mezzi di comunicazione elettronici ai sensi della presente direttiva non dovrebbe tuttavia obbligare le amministrazioni aggiudicatrici a effettuare il trattamento elettronico delle offerte, né a procedere alla valutazione elettronica o al trattamento automatizzato”.*

La volontà del legislatore europeo sembra volersi concentrare solo alla fase del trasferimento delle informazioni a mezzo di uno strumento “sicuro”¹¹² in grado di garantire il contenuto della comunicazione medesima e non il processo di valutazione delle informazioni contenute nei pacchetti di file trasferiti da parte degli operatori economici e la stazione appaltante che rimane di stretta pertinenza delle diverse figure coinvolte nelle tre fasi¹¹³ della procedura di individuazione del soggetto aggiudicatario¹¹⁴.

Nel Codice, come accennato altrove, l'obbligo dell'uso dei mezzi elettronici di comunicazione si rinviene all'interno dell'art. 40, comma 1, il quale prevede che *“le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al presente codice svolte da centrali di committenza sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici ai sensi dell'articolo 5-bis del decreto*

¹¹² All'art.22, comma 3 della Direttiva 24/2014/EU si legge che *“In tutte le comunicazioni, gli scambi e l'archiviazione di informazioni, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute”*

¹¹³ La prima di valutazione della documentazione amministrativa volta alla verifica del possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 80 e tecnico/finanziario di cui all'art. 83; la seconda fase di valutazione della proposta tecnica come previsto dagli articoli 95 e 97; la terza fase è quella di valutazione dell'offerta economica sulla base di quanto previsto dall'art. 97.

¹¹⁴ Come indicato all'art. 82, comma 3 della Direttiva 24/2014/EU il quale, in relazione al lavoro della commissione giudicatrice prevede che *“La commissione giudicatrice iscrive in un verbale, firmato dai suoi membri, le proprie scelte, effettuate secondo i meriti di ciascun progetto, nonché le proprie osservazioni e tutti i punti che richiedono di essere chiariti”*

legislativo 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell'amministrazione digitale"¹¹⁵, nell'art. 52, Regole applicabili alle comunicazioni, ove al comma 1, riprendendo ed ampliando il concetto su introdotto, si prescrive che *"Nei settori ordinari e nei settori speciali, tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni di cui al presente Codice sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici in conformità con quanto disposto dal presente comma e dai commi da 2 a 9, nonché dal Codice dell'Amministrazione Digitale"*. Nell'art. 58, al fine di chiudere il quadro relativo alle procedure, si stabilisce che *"Ai sensi della normativa vigente in materia di documento informatico e di firma digitale, nel rispetto dell'articolo 52 e dei principi di trasparenza, semplificazione ed efficacia delle procedure, le stazioni appaltanti ricorrono a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici nel rispetto delle disposizioni di cui al presente codice"*.

Quest'ultimo articolo dedicato interamente alle Procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione al comma 10 rimanda ad un successivo documento dell'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) per l'emanazione di *regole tecniche*.

7.2 – Circolare n.3 del 6 dicembre 2016 dell'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID)

Il documento intitolato *"Regole Tecniche aggiuntive per garantire il colloquio e la condivisione dei dati tra sistemi telematici di acquisto e di negoziazione"* nella sua unica versione disponibile del 1 luglio 2016 è uno dei documenti generati dall'AGID la quale ha il compito di organizzare la transizione al digitale del nostro paese.

Il documento, tra gli altri, è destinato¹¹⁶:

¹¹⁵ L'art. 5.bis del CAD rubricato "Comunicazione tra imprese e Pubblica Amministrazione" stabilisce che *"La presentazione di istanze, dichiarazioni, dati e lo scambio di informazioni e documenti, anche a fini statistici, tra le imprese e le amministrazioni pubbliche avviene esclusivamente utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Con le medesime modalità le amministrazioni pubbliche adottano e comunicano atti e provvedimenti amministrativi nei confronti delle imprese"*

¹¹⁶ Art. 1, comma 3, Introduzione.

- alle stazioni appaltanti, le centrali di committenza, i soggetti aggregatori e i prestatori di servizi di cui all'art. 39, comma 2 del D.Lgs: 50/2016;
- ai soggetti istituzionali che gestiscono servizi, piattaforme e banche dati coinvolti nel processo di acquisto e negoziazione ai sensi del D.Lgs. 50/2016;

ed ha come obiettivo¹¹⁷ quello di *favorire l'interoperabilità dei sistemi e delle piattaforme informatiche coinvolte nel processo di acquisto e di negoziazione. L'interoperabilità è garantita mediante la definizione di un modello semantico dei dati e l'individuazione di protocolli standard per la predisposizione di canali informatici riconosciuti, sicuri e adeguati all'utilizzo delle tecnologie avanzate allo stato dell'arte.*

Le parole chiave dell'intero processo di uniformità al quale mira il documento dell'AGID sono semplicità, standardizzazione, interpolità, trasparenza e concorrenza i quali coinvolgono, ad un tempo, i sistemi telematici di acquisto e negoziazione, i sistemi degli operatori economici, l'insieme dei servizi, delle piattaforme e delle banche dati pubbliche ed infine i registri pubblici nazionali.

Il documento prosegue nel definire le diverse famiglie di dati che i soggetti coinvolti nei processi di *e-procurement* devono scambiare utilizzando protocolli condivisi a livello europeo ed indicati nel CAD.

7.2.1 – Circolare n.3/2016 AGID – Appendice

L'appendice è l'ultima parte della Circolare; questa si concentra totalmente sui requisiti che i gestori dei sistemi telematici devono possedere per poter essere "in regola" ed infatti essi devono assicurare:

¹¹⁷ Come si può leggere all'interno dell'art.2, comma 3 del documento il quale chiarisce ancora meglio il senso del documento, al successivo comma 4, nel quale specifica che *"Nelle more della definizione del piano nazionale di e-procurement (di cui all'art. 212 del D.Lgs. 50/2016) e delle modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici (di cui all'art.44 del D.Lgs. 50/2016), nel rispetto di quanto previsto nella circolare AgID n. 2 del 24 giugno 2016 al punto 4.b), le presenti regole si collocano come basi del percorso evolutivo del sistema delle piattaforme negoziali per gli acquisti della PA ComproPA in corso di definizione"*

- a. l'utilizzo del Sistema Pubblico di Identità Digitale (SPID) per l'identificazione degli utenti della piattaforma;
- b. l'utilizzo del Sistema di Pagamento verso la Pubblica Amministrazione PagoPA per l'esecuzione dei pagamenti verso la pubblica amministrazione previsti dalle procedure di acquisto e negoziazione;
- c. l'utilizzo dei servizi elettronici fiduciari conformi al regolamento eIDAS;
- d. l'utilizzo della posta elettronica certificata di cui al CAD (D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 art. 52 (Regole applicabili alle comunicazioni));
- e. l'interoperabilità con i sistemi di protocollo della Pubblica amministrazione (DPCM 3 dicembre 2013 sui sistemi di protocollo);
- f. la conservazione digitale dei log delle transazioni elettroniche effettuate dalle parti in conformità alla normativa vigente (DM 3 dicembre 2013 sui sistemi di conservazione);
- g. il rispetto delle regole tecniche sul documento informatico (DPCM 13 novembre 2014 sulla formazione del documento informatico);
- h. l'integrità e la riservatezza delle comunicazioni tra le piattaforme elettroniche di acquisto e negoziazione e tra queste e gli altri sistemi e piattaforme della pubblica amministrazione;
- i. Il rispetto del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.

Gli standard che i sistemi telematici di acquisto devono garantire fanno riferimento alle figure che con essi si interfacciano e nello specifico l'amministratore della sicurezza, l'amministratore di sistema, l'operatore di sistema e l'auditor di sistema i quali nelle fasi di accesso al sistema dovranno poter utilizzare la Carta di Identità Elettronica, la Carta Nazionale dei Servizi o SPID (Sistema Pubblico di Identità Digitale). Si badi bene, il sistema prevede che questi soggetti *dovranno poter utilizzare*. Invece sarebbe il caso di prevederne obbligatoriamente l'uso. Come si avrà modo di approfondire meglio in seguito, lo scrivente ritiene che, vista l'importanza dell'analisi che effettua il soggetto valutatore – RUP, dirigente

o P.O. dell'ufficio appalti - nelle diverse fasi di gara, sarebbe di vitale importanza imporre un sistema di riconoscimento che garantisca l'effettiva e reale presenza del soggetto che presiede la seduta di gara invece di un altro soggetto che ne utilizza le password.

7.2.2 – I sistemi telematici di acquisto e le norme tecniche. Una riflessione sul verbale

Dopo aver effettuato una lettura attenta della normativa comunitaria e nazionale pare utile chiudere questa breve disamina sulle norme tecniche poste alla base del funzionamento dei nuovi strumenti di acquisto elettronico/telematico confermando che in nessun passaggio il tema della verbalizzazione automatica delle piattaforme sia stato trattato dal legislatore.

A quanto sin qui descritto si aggiunga che i diversi soggetti produttori e fornitori di piattaforme di negoziazione hanno realizzato delle suite molto diverse tra loro basti pensare che per alcune di esse tutta la documentazione, amministrativa – tecnica ed economica, viene caricata a sistema in un'unica soluzione entro la data di scadenza prevista dal bando o lettera d'invito mentre per altre la documentazione amministrativa e tecnica deve essere caricata a sistema entro la data di scadenza e l'offerta economica deve essere caricata a sistema solo successivamente alla valutazione della documentazione amministrativa e solo dai soggetti ammessi alla fase di gara successiva. A parere di chi scrive, l'aver volutamente evitato di affrontare il tema della verbalizzazione delle sedute di gara, conferma che l'automazione dei processi può riguardare la raccolta dei dati alfanumerici puri e non può estendersi fino ad una valutazione di meta-dati intrinseca ai dati stessi.

8. – Le procedure di esame e valutazione delle offerte con l'avvento delle Piattaforme Elettroniche di Negoziazione

Con l'entrata in vigore degli articoli 52¹¹⁸ e 58¹¹⁹ del Codice dei Contratti, i quali forniscono le indicazioni necessarie alle stazioni appaltanti al fine di completare il processo di informatizzazione delle procedure di gara e nello specifico sui protocolli di trasmissione delle comunicazioni ma soprattutto dal 18 ottobre 2018¹²⁰, (ci ho messo tantissimo per capire che si sta parlando del codice appalti) data di entrata in vigore dell'obbligo di utilizzo delle Piattaforme Elettroniche di Negoziazione nelle procedure di gara, l'intero processo di individuazione del soggetto con il quale contrarre, da parte della PA, è stato definitivamente modificato. Il processo prende avvio con l'iscrizione, da parte degli operatori economici, all'interno di una delle diverse Piattaforme Elettroniche di Negoziazione private sorte nel mercato. Con questa procedura l'impresa può venire a conoscenza delle procedure di gara poste in essere dagli enti che utilizzano quella piattaforma e, successivamente, di inviare la propria candidatura alle procedure poste in essere dalle stesse¹²¹.

A seguito della sua iscrizione alla Piattaforma ed al fine di prendere parte ad una procedura concorsuale, l'operatore economico, entro la data di scadenza per la presentazione delle offerte stabilita dalla Stazione Appaltante nel Bando o nella lettera d'invito, carica a sistema

¹¹⁸ L'art. 52, co. 1 del Codice rubricato "Regole applicabili alle comunicazioni" dispone che "*Nei settori ordinari e nei settori speciali, tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni di cui al presente codice sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici in conformità con quanto disposto dal presente comma e dai commi da 2 a 9, nonché dal Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82*". Questa disposizione indica alle stazioni appaltanti le modalità con le quali tutte le comunicazioni devono avvenire ed i casi in cui la PA può derogare alla disposizione nei casi specificatamente indicati. Questo articolo, come molti altri riguardanti le comunicazioni e i mezzi elettronici di negoziazione, fanno riferimento al Codice dell'Amministrazione Digitale di cui al D.lgs , 7 marzo 2005, n. 82

¹¹⁹ L'art. 58, co. 1 del Codice dispone che "*Ai sensi della normativa vigente in materia di documento informatico e di firma digitale, nel rispetto dell'articolo 52 e dei principi di trasparenza, semplificazione ed efficacia delle procedure, le stazioni appaltanti ricorrono a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici nel rispetto delle disposizioni di cui al presente codice. L'utilizzo dei sistemi telematici non deve alterare la parità di accesso agli operatori o impedire, limitare o distorcere la concorrenza o modificare l'oggetto dell'appalto, come definito dai documenti di gara*". Dalla lettura delle diverse norme che hanno un diretto richiamo alle comunicazioni e all'uso delle piattaforme elettroniche di negoziazione si avverte chiaramente l'intenzione del legislatore di indirizzare le stazioni appaltanti ad un uso quasi totale dell'informatica nelle procedure di gara al fine di raggiungere quei livelli di sicurezza posti alla base della normativa europea sugli appalti.

¹²⁰ Art. 40, comma 2 del Codice "*A decorrere dal 18 ottobre 2018, le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al presente codice svolte dalle stazioni appaltanti sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici*"

¹²¹ In verità al fine della partecipazione ad una procedura di gara non è necessario essere iscritto nella specifica piattaforma prima dell'avvio della procedura stessa. La stazione appaltante, nel caso di procedure negoziate, di trattative dirette o affidamenti diretti, può effettuare una ricerca dei soggetti che intende invitare e, nel caso uno o più soggetti, non fossero iscritti è sufficiente indicare la PEC del concorrente e questi riceverà l'invito/comunicazione. Tuttavia al fine di poter presentare la propria candidatura il concorrente dovrà effettuare la sua registrazione alla piattaforma.

tutta la documentazione di gara¹²², come indicato al comma 4 dell'art. 58 del Codice¹²³. Effettuata questa operazione, la stazione appaltante, al momento della ricezione delle offerte, trasmette in via elettronica a ciascun concorrente la notifica del corretto recepimento dell'offerta stessa¹²⁴.

8.1 – L'avvio della seduta di gara

Prima di procedere con l'analisi delle singole fasi della gara, volte all'individuazione del soggetto al quale aggiudicare la commessa, ed illustrare le informazioni che il verbale "dovrebbe" necessariamente contenere è necessario indicare quali siano i soggetti autorizzati dalla norma a presiedere la seduta di gara ed effettuare l'analisi del contenuto dei plichi inviati dai concorrenti.

Al comma 3 dell'art.31 del Codice la norma prevede che il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, *svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti*¹²⁵.

Pur emergendo chiara la centralità del RUP nell'intera procedura di gara, in merito alla fase di affidamento, le Linee Guida n. 3 ANAC¹²⁶ delineano, nel dettaglio, le figure coinvolte e le loro funzioni infatti al paragrafo 5.5 rubricato "Verifica della documentazione amministrativa da parte del RUP" il documento prevede che *"Il controllo della documentazione amministrativa è*

¹²² La procedura prevede che l'operatore della PA il quale predispone la gara in una sezione del sito carica la documentazione amministrativa, tecnica e economica da mettere a disposizione dei concorrenti ed in una diversa sezione genera degli spazi all'interno dei quali i concorrenti devono caricare, a mezzo di una procedura definita di "upload", i documenti del plico amministrativo, quelli della sua offerta tecnica e l'offerta economica.

¹²³ L'art. 58, comma 4 del Codice prevede che *"Il sistema telematico crea ed attribuisce in via automatica a ciascun operatore economico che partecipa alla procedura un codice identificativo personale attraverso l'attribuzione di userID e password e di eventuali altri codici individuali necessari per operare all'interno del sistema"*.

¹²⁴ Come previsto all'articolo 58, comma 5 del Codice;

¹²⁵ Al RUP vengono conferite molte altre competenze in relazione alle procedure di gara dettagliatamente indicate al comma 4 dell'art. 31.

¹²⁶ Linee guida n. 3, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni» Aggiornate al d.lgs. 56 del 19/4/2017 con deliberazione del Consiglio n. 1007 dell'11 ottobre 2017.

svolto dal RUP, da un seggio di gara istituito ad hoc oppure, se presente nell'organico della stazione appaltante, da un apposito ufficio/servizio a ciò deputato, sulla base delle disposizioni organizzative proprie della stazione appaltante. E chiude stabilendo la primazia del RUP nell'assumere le decisioni conclusive della fase infatti stabilisce che *In ogni caso il RUP esercita una funzione di coordinamento e controllo, finalizzata ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure e adotta le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate*".

Dunque, la seduta può essere presieduta dal RUP, dal dirigente della struttura cui fa capo l'ufficio appalti o da un funzionario incaricato¹²⁷ di presiedere il *seggio di gara istituito ad hoc*.

8.2. – l'accesso alla Piattaforma e l'avvio della seduta di gara

Prima dell'avvento degli strumenti elettronici di negoziazione le sedute di gara avvenivano in forma pubblica alla presenza di un presidente di seggio di gara – generalmente il RUP o il dirigente del Settore – affiancato da due testimoni¹²⁸, in un luogo aperto al pubblico ed alla presenza, a seconda della disponibilità/volontà dei concorrenti, dei rappresentanti delle imprese. Con l'avvento delle Piattaforme di Negoziazione, le sedute di gara continuano ad essere "pubbliche" ma non *in presenza* benché in modalità virtuale. I concorrenti, all'ora stabilita nei documenti di gara si collegano alla piattaforma e seguono le operazioni di gara in diretta dal loro pc. Tale procedura, tuttavia, pone in rilievo una questione legata al soggetto che dà avvio alla seduta nella nuova modalità.

Tutti coloro che abbiano dimistichezza con le procedure di gara sanno che al momento della configurazione della Piattaforma il gestore della stessa rilascia delle username e password a

¹²⁷ L'incarico al soggetto deve risultare da un provvedimento amministrativo a firma del dirigente d'area o di settore dalla quale emerga chiaramente la delega ad effettuare tale funzione per una singola e specifica procedura o anche all'interno del complesso delle procedure in quanto, ad esempio a mezzo di incarico di Posizione Organizzativa dell'ufficio.

¹²⁸ Pur non essendo previsti dalla norma, generalmente il Presedente del seggio era affiancato da due testimoni i quali coadiuvavano il suo lavoro nell'apertura dei plichi, nell'effettuare la preliminare verifica del contenuto degli stessi e, da ultimo, prendevano appunti sull'intera procedura di verifica e redigevano il verbale. Inoltre questi risultavano "utili" nel caso di assenza di rappresentanti dei concorrenti al fine di garantire la correttezza dell'intera procedura.

tutti i soggetti che la stazione appaltante ha chiesto di abilitare. Queste informazioni, come quelle rilasciate da ANAC per l'accesso al sistema AVCP o SIMOG o a quelle del MIT per la gestione delle informazioni relative ai Piani Triennali delle Opere Pubbliche, vengono gestite ed utilizzate dal personale amministrativo degli enti. Tale personale, nella pratica quotidiana, effettua il login nei siti e nelle diverse piattaforme agendo in nome e per conto dei RUP e dei dirigenti svolgendo regolarmente tutte le operazioni richieste dalla normativa. Ciò premesso, *nulla quaestio* se un amministrativo, ad esempio, del settore lavori pubblici aggiorna delle informazioni relative all'avanzamento di un'opera ma è possibile affidare ad un soggetto diverso da quelli indicati dalla norma – art. 31 del Codice e Linee Guida n.3 ANAC - l'analisi della documentazione amministrativa in una procedura di gara? Senza dubbio, no e se ciò accadesse si sarebbe di fronte ad una violazione che potrebbe annullare l'intera procedura. Per tale ragione, a parere dello scrivente, l'attuale sistema non presenta le giuste garanzie di correttezza dell'azione amministrativa e di trasparenza della stessa.

Gli attuali Sistemi Elettronici di Negoziazione dovrebbero prevedere diversi livelli di accesso come avviene all'interno del MePA il quale prevede tre diverse figure autorizzate ad agire nelle procedure; Punto Istruttore; Punto Ordicante e Punto Stipulante. Le tre diverse figure agiscono in maniera diversa e il loro "potere" è chiaramente delineato, inoltre il sistema prevede il controllo da parte del Punto Ordicante sull'operato del Punto Istruttore ed ha sua volta il Punto Stipulante può effettuare un controllo sull'azione del Punto Ordicante. Infine, nell'attuale configurazione solo il Punto Stipulante ha il potere di impegnare l'ente verso terzi assumendo le decisioni finali e stipulando i contratti.

Il Sistema Elettronico di Negoziazione dovrebbe permettere l'attivazione della seduta di gara solo ai soggetti autorizzati dalla norma a mezzo di sistemi di accesso già largamente utilizzati da altri soggetti pubblici. Si prenda ad esempio il Sistema di Gestione della Banca Dati Nazionale Antimafia (BDNA) gestita dal Ministro dell'Interno e dalle Prefetture. Il soggetto precedentemente autorizzato dalla Prefettura territorialmente competente rilascia la

username e la password e ne autorizza l'accesso ad un determinato soggetto e solo verso un determinato pc¹²⁹. Nel momento in cui l'operatore effettua l'accesso al sistema questo gli invia sul suo cellulare¹³⁰ un codice OTP¹³¹ che lo stesso deve inserire nell'apposito spazio affinché il sistema lo identifichi e gli permetta l'accesso. Con questo sistema verrebbero garantite la correttezza e la trasparenza dell'azione del soggetto che effettuerà le operazioni. In alternativa a questo protocollo si potrebbe utilizzare il sistema di Identità Digitale SPID¹³² dell'utente al fine di garantire l'identità del soggetto che, al di là dello schermo, effettua la procedura.

8.3. – La pubblicità delle sedute di gara

Il verbale di gara, al di là dell'insieme dei dati che descrivono l'oggetto della procedura e, brevemente, l'iter amministrativo, deve contenere le informazioni che attengono al rispetto dell'obbligo di pubblicità delle sedute di gara. A tal proposito si segnala come con l'avvento delle Piattaforme Elettroniche di Negoziazione si siano sviluppate due correnti di pensiero, diametralmente opposte. Secondo una generale e più numerosa giurisprudenza si sostiene che il principio di pubblicità delle sedute deve essere rapportato non ai canoni storici che hanno guidato l'applicazione dello stesso, quanto piuttosto alle peculiarità e specificità che l'evoluzione tecnologica ha consentito di mettere a disposizione delle procedure di gara telematiche, in ragione del fatto che la piattaforma elettronica che ha supportato le varie fasi

¹²⁹ Il pc dell'utente viene identificato con il suo indirizzo IP (dall'inglese Internet Protocol address) - in informatica e nelle telecomunicazioni - è un'etichetta numerica che identifica univocamente un dispositivo detto host collegato a una rete informatica che utilizza l'Internet Protocol come protocollo di rete.

¹³⁰ Al momento della richiesta di rilascio delle credenziali al sistema BDNA l'utente deve indicare un suo numero di cellulare.

¹³¹ Codice OTP, ovvero un codice alfanumerico, che viene generato da un algoritmo che crea una serie casuale di numeri, inviati al titolare del rapporto su sms e email (la differenza di canale usato dipende dal tipo di servizio di cui si sta usufruendo). In modo inesatto il termine OTP viene impiegato anche per indicare l'uso della password usata e getta all'interno del sistema di sicurezza del 3D secure (adottato da Visa e Mastercard), che però non viene generata in modo automatico e casuale, ma viene scelta dal titolare della carta stessa.

¹³² SPID, il Sistema Pubblico di Identità Digitale, è la soluzione che permette di accedere a tutti i servizi online della Pubblica Amministrazione con un'unica Identità Digitale (username e password) utilizzabile da computer, tablet e smartphone.

di gara assicura l'intangibilità del contenuto delle offerte (indipendentemente dalla presenza o meno del pubblico) posto che ogni operazione compiuta risulta essere ritualmente tracciata dal sistema elettronico senza possibilità di alterazioni; in altri termini è garantita non solo la tracciabilità di tutte le fasi ma proprio l'inviolabilità delle buste elettroniche contenenti le offerte e l'incorruttibilità di ciascun documento presentato. Infatti, le fasi di gara seguono una successione temporale che offre garanzia di corretta partecipazione, inviolabilità e segretezza delle offerte e i sistemi provvedono alla verifica della validità dei certificati e della data e ora di marcatura; l'affidabilità degli algoritmi di firma digitale e marca temporale garantiscono la sicurezza della fase di invio/ricezione delle offerte in busta chiusa¹³³.

Di segno opposto è il percorso valutativo effettuato dai giudici della quinta sezione del Consiglio di Stato i quali, pur riferendosi ad una gara in vigore del D.lgs 163/2006 affermano che va innanzitutto sottolineato che il principio di trasparenza in materia di contratti pubblici ha portata fondamentale, come si evince dall'art. 2, d.lgs. 163/2006, *ratione temporis* applicabile alla procedura de qua, ed informa profondamente le procedure di gara, sicché la rilevanza della sua violazione prescinde dalla prova concreta delle conseguenze negative derivanti dalla sua violazione, rappresentando un valore in sé, di cui la normativa nazionale e comunitaria predica la salvaguardia a tutela non solo degli interessi degli operatori, ma anche di quelli della stazione appaltante. Occorre ribadire (cfr. Cons. St., Sez. V, 7 giugno 2013, n. 3135) che in materia di gare d'appalto, e con specifico riferimento alle operazioni preliminari da svolgere in seduta pubblica, la verifica dell'integrità dei plichi non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la

¹³³ Consiglio di Stato, Sez. V, 16 settembre 2017, sentenza n. 5388. Si veda anche Consiglio di Stato, Sez. V, 25 novembre 2016, sentenza 4990; TAR Sardegna, sentenza n. 644, 19 novembre 2017, TAR Veneto, sentenza 307, 13 marzo 2018.

garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza e all'imparzialità dell'azione amministrativa¹³⁴. A parere di chi scrive nonostante le garanzie offerte dai moderni sistemi di negoziazione, in termini di trasferimento delle informazioni e della conservazione delle stesse, è necessario tener sempre presente il principio secondo il quale la "verifica della integrità dei plichi" non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza e all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato; pertanto, l'Amministrazione non può sottrarre alla seduta pubblica l'operazione di apertura della busta recante l'offerta tecnica disponendone lo svolgimento nella seduta riservata di valutazione del merito¹³⁵.

8.4 – l'analisi della documentazione amministrativa

La prima delle tre fasi della procedura di gara consiste nell'apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa volta alla verifica del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 e di quelli tecnico/organizzativo/economico di cui all'art. 83 del Codice. Si precisa che tale fase, priva di discrezionalità amministrativa perché volta al mero accertamento del possesso o meno dei requisiti, può incontrare delle difficoltà ove sia necessario attivare il soccorso istruttorio come si vedrà poco oltre o in relazione a valutazioni

¹³⁴ Consiglio di Stato, Sez. V, 23 giugno 2016, sentenza n. 3266.

¹³⁵ Adunanza Plenaria n.13/2011

di altra natura che riguardano il possesso di requisiti tecnici particolari che non si risolvono nel mero possesso o meno dello stesso.

In data successiva a quella stabilita come termine ultimo per la presentazione delle offerte il Responsabile della Centrale Unica di Committenza¹³⁶, il RUP o altro soggetto autorizzato, provvede ad aprire la seduta pubblica di gara¹³⁷ durante la quale vengono acquisiti i fascicoli della documentazione amministrativa dei concorrenti. La piattaforma presenta all'utilizzatore una pagina web con l'elenco, in ordine cronologico di presentazione della propria candidatura, di tutti gli operatori economici partecipanti la procedura. Egli procede, servendosi della pulsantiera a disposizione, ad effettuare l'analisi della documentazione inviata dal concorrente¹³⁸. In merito a questa fase è opportuno segnalare che alcune piattaforme non prevedono un percorso obbligato di apertura dei plichi *step by step* dal primo all'ultimo concorrente. Se così fosse all'operatore sarebbe precluso il passaggio da un operatore a quello successivo prima che si sia analizzato il contenuto del fascicolo amministrativo del soggetto *Primo* ed averlo ammesso o escluso¹³⁹. In relazione ad ogni singolo concorrente, in presenza di mancanze o incompletezze della documentazione amministrativa, il presidente del seggio può inoltrare delle richieste documentali nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 83, comma 9 ed attivare il soccorso istruttorio. Alcune suite prevedono, in questo caso, di inserire in un apposito spazio delle *annotazioni da verbalizzare*. Conclusa questa fase, alcune piattaforme propongono la creazione di un *verbale da sistema*. Tale documento contiene oltre agli elementi identificativi della gara l'elenco delle ditte¹⁴⁰ che

¹³⁶ Linee Guida ANAC n.3.

¹³⁷ In merito al soggetto preposto a presenziare alla seduta di gara si è già detto che la norma generale fa riferimento ad un "pubblico ufficiale".

¹³⁸ Il soggetto che effettua l'analisi della documentazione può scegliere se effettuare il download dell'intero fascicolo, scaricandolo all'interno del suo pc per passare poi alla sua valutazione altrimenti può effettuare il download dei singoli documenti per analizzarli uno ad uno e valutarli.

¹³⁹ Prima dell'avvento delle Piattaforme Elettroniche di Negoziazione ed in presenza di una seduta di gara pubblica il presidente del seggio di gara esaminava un plico alla volta e poteva passare a quello successivo solo dopo averne analizzato il contenuto ed averlo ammesso alla fase successiva, averlo ammesso con riserva o escluso.

¹⁴⁰ Per ogni operatore economico vengono indicati: la forma giuridica, il legale rappresentante, la sede fisica, la partita iva.

hanno presentato la propria offerta. Al di là di questi dati il sistema indica l'ora e il giorno in cui il fascicolo del concorrente è stato aperto ma questo dato, per tutti i concorrenti, risulta essere corrispondente alla data e ora dell'apertura della prima seduta di gara. Non indica dunque l'ora alla quale il fascicolo del singolo concorrente è stato effettivamente aperto e non indica nessun altro dato se non quello che è stato inserito negli spazi *annotazioni da verbalizzare*. Inoltre, il verbale non riporta l'elenco delle sedute di gara nei casi in cui queste, in relazione al numero di concorrenti o alla complessità delle valutazioni da effettuare, siano state più d'una. Infine, non v'è traccia nel verbale delle richieste di integrazioni¹⁴¹ inoltrate ai concorrenti, dei documenti oggetto delle richieste, degli inoltri effettuati dagli operatori economici interessati, delle eventuali reiterazioni delle richieste o dei contraddittori occorsi al fine di chiarire o sanare elementi di dubbio della documentazione prodotta.

In merito all'attivazione del soccorso istruttorio si ricorda che, se è vero che di norma l'ammissione di un'impresa alla gara non richiede una particolare motivazione delle ragioni sottese all'ammissione medesima quando l'esito dello scrutinio della documentazione sia stato appunto di segno positivo, tuttavia nella fattispecie in esame rileva la particolare circostanza per cui l'amministrazione aveva instaurato con la società OMISSIS un sub-procedimento di verifica dei requisiti di partecipazione dichiarati nella domanda, instaurando con l'odierna controinteressata uno specifico contraddittorio volto a superare le carenze documentali riscontrate nel verbale. È evidente, pertanto, che il contenuto di questa interlocuzione e soprattutto i suoi esiti hanno partecipato alla formazione del corredo motivazionale dell'atto di ammissione, per cui anche di essi la stazione appaltante avrebbe dovuto farsi onere della pubblicazione sul profilo del committente¹⁴².

Tutte le informazioni, come nel caso appena citato ed altre a cui si è accennato, determinanti, al fine dell'ammissione dei concorrenti alla fase successiva di gara, rimangono estranee al

¹⁴¹ Le richieste di integrazione effettuate in capo ai singoli concorrenti vengono compilate in apposita area denominata *comunicazioni* all'interno della quale vengono indicati l'oggetto della richiesta, la data ultima per l'invio della documentazione ed ogni altra informazione utile al concorrente per poter ottemperare.

¹⁴² TAR Lazio, Roma, Sez. Seconda ter, 14 febbraio 2018, sentenza n. 2108.

verbale. Invece dovrebbero esserne parte integrante data la loro importanza e il fatto che, per un sistema di tracciabilità dei flussi di comunicazione, dovrebbe essere semplice oltre che automatico mettere insieme questi dati e farli confluire nel verbale di gara.

Tuttavia questo non accade perché un computer, almeno per ora, non è in grado di effettuare delle valutazioni multidisciplinari che attengono alla lettura ed analisi di norme appartenenti a più Codici.

8.5 – l'analisi dell'offerta tecnica

Come per la precedente fase, anche in questa, il presidente del seggio di gara ha a disposizione il pulsante con quale può scaricare la documentazione prodotta dal concorrente al fine della sua valutazione e di assegnarvi i punti. Nella stessa schermata gli viene data la possibilità di inserire il punteggio che la Commissione Giudicatrice avrà riconosciuto al singolo concorrente. L'elemento che viene in rilievo nella procedura di valutazione delle offerte tecniche è che il sistema non è predisposto per "riconoscere" le due figure coinvolte in questa fase: il presidente del seggio di gara il quale ha il compito di verificare che il plico contenga tutto quanto prescritto dal Bando o dalla lettera d'invito e il presidente della Commissione Giudicatrice la quale ha il compito di analizzare la proposta tecnica inviata dal concorrente al fine valutarla ed assegnarle il punteggio sulla base dei Criteri e Sub-Criteri indicati nel Capitolato. Ciò premesso e tenuto conto di quanto esposto in relazione alla precedente fase della procedura sarebbe auspicabile l'indicazione, a verbale, della data in cui si svolge l'apertura dei plichi e l'indicazione che tutti contengono quanto prescritto dal Capitolato e dal disciplinare di gara.

Evidentemente la fase di valutazione dei singoli progetti presentati dai concorrenti verranno analizzati e di questa fase verrà dato conto in un verbale separato redatto dalla Commissione Giudicatrice.

8.6 – L'analisi dell'offerta economica

Si giunge infine alla lettura delle offerte economiche le quali possono essere state indicate in un modello predisposto dalla stazione appaltante o inseriti dal concorrente negli appositi spazi. Completate tutte le fasi di analisi e valutazione delle offerte il sistema propone il pulsante *visualizza graduatoria*.

9. – Le procedure di valutazione dell'anomalia

L'art. 97, co. 3 dispone che quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara. Nel caso in cui l'offerta del soggetto individuato come aggiudicatario ricada in questa fattispecie allora l'operatore economico fornisce, su richiesta della stazione appaltante, spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse, sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta. La procedura su esposta prevede che, successivamente all'individuazione della migliore offerta, il Presidente del seggio di gara verificata l'anomalia dell'offerta la segnala al RUP il quale, anche avvalendosi della medesima Commissione Giudicatrice, richiede per iscritto al concorrente delle "giustificazioni", come indicato al comma 4 del medesimo articolo 97. Vengono assegnati al concorrente non meno di 15 giorni al termine dei quali le giustificazioni vengono analizzate per verificarne la congruità. Questa fase si conclude con una comunicazione del RUP al

Presidente del seggio di gara nella quale il RUP comunica la congruità, o meno, dell'offerta presentata dall'operatore.

La norma al comma 5 non lascia spazi ad interpretazioni di sorta perché prevede che le comunicazioni tra il RUP e il concorrente devono avvenire inderogabilmente per iscritto ed infatti prescrive che *La stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni.*

La fase della verifica dell'anomalia si concretizza dunque con un carteggio di notevoli proporzioni che sfugge alla Piattaforma e che deve essere obbligatoriamente allegato all'insieme dei verbali¹⁴³ già prodotto dal seggio di gara e dalla Commissione Giudicatrice.

10. – I verbali di gara nel MePA (Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione)

Occorre precisare, in merito alle procedure di gara svolte sulla piattaforma MePA, che quest'ultima pur essendo strutturata in modo simile alle piattaforme sorte successivamente all'entrata in vigore del Codice 50/2016, hanno delle differenze che riguardano il relativo spazio di operatività definito dalla norma. Anche il MePA per le gare esperite all'interno della sua piattaforma, prevede la pubblicazione di verbali i quali non assumono mai l'aspetto di un testo descrittivo/discorsivo piuttosto appaiono come insiemi di riquadri contenenti informazioni inserite dall'operatore della stazione appaltante o dall'operatore economico. Nemmeno la parte che riguarda le valutazioni della Commissione Giudicatrice appare in forma di testo ma come insieme di dati numerici inseriti dal Presidente della Commissione relativi ad ogni concorrente, ed in relazione a questo, per ogni criterio e sub-criterio. In merito alla valutazione dei progetti presentati dagli operatori economici corre l'obbligo

¹⁴³ I verbali della verifica dell'anomalia pur facendo parte del carteggio della gara non devono essere pubblicati e non verranno nemmeno concessi in visione in copia in caso di accesso agli atti così come previsto dall'art. 53, co. 2, lett. d) il quale recita che *Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito: in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione.*

precisare che la giurisprudenza ha chiarito che, anche se la descrizione del processo valutativo delle offerte in forma discorsiva è da preferire, tale formula non è obbligatoria infatti il percorso effettuato dalla commissione nella sua interezza può anche essere espresso in forma numerica.

Tuttavia, quale che sia il metodo di valutazione delle offerte tecniche che abbia inteso adottare ed abbia quindi espressamente indicato all'interno degli atti di gara (confronto a coppie ovvero attribuzione discrezionale dei coefficienti da 0 a 1, vale a dire le due modalità anche suggerite dalle Linee Guida n. 2 di ANAC), l'operato della stazione appaltante e, in modo particolare della commissione giudicatrice, in fase di valutazione delle offerte deve sempre essere sottoponibile ad un giudizio di congruità, correttezza ed imparzialità da parte degli operatori economici che prendono parte alla procedura di gara e questo non può che avvenire attraverso l'esame delle motivazioni che la commissione deve adottare a suffragio dei proprio giudizi.

Ecco dunque che il Consiglio di Stato¹⁴⁴ ha formulato il principio di diritto che regge le argomentazioni sviluppate nella sentenza in esame, a mente del quale *“il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione equivale a sufficiente motivazione quando la griglia delle voci e sotto-voci predisposta dalla stazione appaltante, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiara, analitica, articolata e tale quindi da circoscrivere in modo adeguato il giudizio della commissione giudicatrice nell'ambito di un minimo e di un massimo, così da rendere comprensibile l'iter logico seguito in concreto da quest'ultima nel valutare i singoli profili tecnici delle offerte sulla base dei criteri predisposti nella legge di gara”*.

11. - Conclusioni

¹⁴⁴ Consiglio di Stato, Sezione V, 22 settembre 2017, sentenza n.4438.

L'analisi condotta in merito ai verbali di gara ha posto l'attenzione sui diversi aspetti delle fasi di cui si compone il processo di affidamento della commessa pubblica. È emerso che i nuovi sistemi elettronici di negoziazione sono in grado:

- . di garantire l'inviolabilità delle offerte presentate dai concorrenti;
- . di garantire la tracciabilità delle singole comunicazioni e di conservarne traccia;
- . di garantire che nessuno possa "aprire" i file dei concorrenti prima della data indicata nella documentazione di gara;
- . di semplificare la partecipazione alle procedure di gara da parte dei concorrenti i quali non devono più spostarsi in giro per il paese per poter presiedere alle diverse fasi;
- . di ridurre i costi di partecipazione della PA e dei concorrenti che non hanno più bisogno di compilare su carta la moltitudine di modelli e dichiarazioni;

Ciò nonostante, nel rispetto del principio di trasparenza e pubblicità dell'azione della Pubblica Amministrazione a parere dello scrivente è necessario redigere un verbale, nelle forme e nei modi indicati nel presente scritto, il quale assume un ruolo chiave sia per i funzionari della PA che per i concorrenti.

Come s'è detto all'inizio della presente ricerca il verbale ha il compito *di descrivere atti o fatti rilevanti per il diritto* ed è di fondamentale importanza, appunto, che tutti i fatti rilevanti, che accadono in una procedura di gara, vengano riportati nel verbale affinché tali fatti siano posti alla base e a sostegno delle decisioni che il RUP assume in capo al singolo concorrente; ammetterlo o escluderlo dalla procedura.

In questo processo è necessario ricordare che la disciplina posta alla base del Codice dei Contratti si ispira ai principi generali della semplificazione delle procedure che afferiscono all'ambito degli appalti, anche al fine della riduzione dei tempi. I Principi contenuti nell'art. 30 del Codice¹⁴⁵ e quelli di derivazione comunitaria contengono alcuni principi generali ma

¹⁴⁵ L'art. 30 del Codice dispone che *"L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando,*

anche specifici, che mirano al raggiungimento di determinati obiettivi: sono, innanzitutto, quello della qualità delle prestazioni, di economicità, efficacia, tempestività e correttezza dell'azione amministrativa; ancora, quelli, di derivazione europea, di parità di trattamento, di non discriminazione, di trasparenza, di proporzionalità e di pubblicità, che mirano ad assicurare l'effettività della difesa del mercato e della concorrenza; quelli affermati dalla l. n. 241/1990, specie in relazione all'attività precontrattuale di evidenza pubblica, e dal codice civile, per la rilevanza che acquisiscono in sede di interpretazione e di esecuzione dell'accordo.

Tra i principi a cui si è accennato più volte nel presente lavoro, i quali devono presiedere l'ambito degli appalti vi sono quelli di pubblicità e di trasparenza, i quali manifestano un valore immanente nell'ordinamento giuridico e confermano il carattere relazionale del potere pubblico. Il principio di pubblicità precede e accompagna l'azione amministrativa, mentre quello di trasparenza interviene nel momento successivo all'azione, com'è possibile riscontro da parte del privato, e del giudice, della legittimità dell'azione dell'amministrazione. Entrambi i principi sono enunciati nella l. n. 241/90, ma nella disciplina dell'evidenza pubblica acquisiscono maggiore consistenza poiché la loro previsione è sempre accompagnata da norme chiare che comportano la verificabilità immediata e la garanzia della esternazione delle operazioni compiute dall'amministrazione, cosicché l'applicazione di entrambi è costante e inderogabile lungo tutto il procedimento¹⁴⁶. Il verbale di gara, a cui è dedicato questo lavoro, assolve contemporaneamente al Principio della trasparenza e della pubblicità unici strumenti posti a garanzia dell'azione della Pubblica Amministrazione a sua volta tesa al soddisfacimento dell'interesse pubblico.

Contributo sottoposto a referaggio doppio cieco conformemente alla Classe A dell'ANVUR.

ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico”

¹⁴⁶ SABETTA S. *Procedure di gara: valutazione delle offerte e trasparenza*, Diritto.it

QUALE FUTURO PER IL TERZO SETTORE?

Riflessioni alla luce del parere del consiglio di stato sul codice del terzo settore.

Silvia Di Pietro

SOMMARIO: **1.** Il progetto di Governo e i contenuti della riforma. **2.** I dubbi interpretativi dell'Anac. **3.** Il principio della primazia del diritto euro-unitario e le argomentazioni conservative del Consiglio di Stato. **4.** La controrisposta della dottrina alla luce dei fondamenti del Terzo settore. **5.** Conclusioni.

Il progetto di Governo e i contenuti della riforma.

Il mondo del Terzo settore ha da sempre caratterizzato la storia del nostro Paese¹⁴⁷ e, nel corso degli ultimi decenni, è stato interessato da una serie di interventi legislativi settoriali¹⁴⁸ che hanno tentato di tipizzare e disciplinare di volta in volta una realtà di fatto già esistente ed

¹⁴⁷ Per una ricostruzione storica del fenomeno si vedano L. BRUNI – S. ZAMAGNI, *Economia civile. Efficienza, equità, felicità pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2004; E. ROSSI – S. ZAMAGNI (a cura di), *Il Terzo settore nell'Italia unita*, Il Mulino, Bologna, 2011.

¹⁴⁸ Solo per citare i testi normativi di maggior rilievo, ricordiamo la legge 11 agosto 1991, n. 266 meglio conosciuta come legge quadro sul volontariato; il d.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460 sulla disciplina delle Onlus; la legge 7 dicembre 2000, n. 383 recante la disciplina delle associazioni di promozione sociale e il relativo decreto applicativo (d.p.c.m. del 30 marzo 2001); il d.lgs. 24 marzo 2006, n. 155 recante la disciplina delle imprese sociali.

operante. L'ultimo grande sforzo compiuto dal legislatore è stato il d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 – il cosiddetto Codice del Terzo settore – che ha risposto all'ambizioso obiettivo di riordino e di revisione organica della disciplina speciale e delle altre disposizioni vigenti relative agli enti del Terzo settore¹⁴⁹. La riforma si è resa necessaria alla luce della crescente crisi democratica ed economica che si è manifestata rispettivamente nei progressivi fenomeni di allontanamento e diffidenza della collettività nei confronti delle istituzioni pubbliche e nelle politiche di *spending review* che hanno portato al definitivo abbandono del tradizionale modello del *welfare state*¹⁵⁰, ossia di quello Stato assistenziale che pervade lo spazio della socialità riempiendolo di beni e servizi. Il rilancio del Terzo settore è apparso infatti come lo strumento privilegiato attraverso il quale supportare l'attività prestazionale delle istituzioni pubbliche senza aggravare i saldi e il debito pubblico e coinvolgere attivamente la collettività in modo da riavvicinare istituzioni e cittadini e da fronteggiare contestualmente la crisi economica, sociale, democratica ed istituzionale.

L'avvio dei lavori è segnato dalle *Linee guida per la riforma del Terzo settore* presentate dal Governo Renzi nel maggio del 2014 per mettere in moto una consultazione pubblica sul tema della riforma del Terzo settore in modo da includere anche la società civile – cittadini e operatori del mondo *non profit* – nel processo di riordino e razionalizzazione della disciplina. Tale sinergia risulta infatti fondamentale al fine di costruire un nuovo *welfare* di tipo partecipativo «fondato su una governance sociale allargata alla partecipazione dei singoli, dei corpi intermedi e del terzo settore al processo decisionale e attuativo delle politiche sociali, al fine di ammodernare le modalità di organizzazione ed erogazione dei servizi del welfare, rimuovere le sperequazioni e ricomporre il rapporto tra Stato e cittadini, tra pubblico e privato, secondo principi di equità, efficienza e solidarietà sociale». L'obiettivo del Governo appare subito chiaro ed orientato nel senso di «superare le vecchie dicotomie tra pubblico/privato e Stato/mercato e passare da un ordine civile bipolare a un assetto "tripolare"» e di valorizzare quanto più possibile «l'autonoma iniziativa dei cittadini per realizzare concretamente la tutela dei diritti civili e sociali garantita dalla Costituzione». Tanto più che in una cornice stretta tra vincoli di bilancio ferrei da un lato e richieste sempre crescenti di protezione sociale dall'altro è indifferibile la risposta al «bisogno

¹⁴⁹ Cfr. art. 1, comma 2, lett. b), della legge 6 giugno 2016, n. 106 contenente recante *Delega al Governo per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del servizio civile universale*.

¹⁵⁰ Sulla relazione tra crisi del *welfare state* e rilancio del Terzo settore si rimanda a M. ALBANESE, *Il terzo settore nella sussidiarietà e la creazione del capitale sociale*, in M. MUSELLA (a cura di), *La sussidiarietà orizzontale*, Carocci editore, Roma, 2012; G.P. BARBETTA, *Il settore non profit italiano: solidarietà, democrazia e crescita economica negli ultimi vent'anni*, in S. ZAMAGNI (a cura di) *Libro bianco sul terzo settore*, Il Mulino, Bologna, 2011; A. PACI, *Prossimità e partecipazione. Lo spazio della sussidiarietà nella governance dei beni*, in D. DONATI – A. PACI (a cura di) *Sussidiarietà e concorrenza. Una nuova prospettiva per la gestione dei beni comuni*, Il Mulino, Bologna, 2010; A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, fasc.1, 2015.

di adottare nuovi modelli di assistenza in cui l'azione pubblica possa essere affiancata in modo più incisivo dai soggetti operanti nel privato solidale».

Interessante, senza dubbio, è l'attenzione per la costruzione di una nuova *governance*, laddove con il termine si indicano normalmente modelli di sviluppo basati su partecipazione e *capability*¹⁵¹ e, più in generale, sulla costruzione di una fitta ed efficace rete di relazioni tra amministrazioni pubbliche e istituzioni private e sociali. Ciò significa che nel disegno del Governo vi è la volontà¹⁵² di andare oltre le mere logiche concorrenziali e contrattualistiche al fine di dar vita ad un sistema diffuso nel quale l'amministrazione pubblica sia chiamata a svolgere un ruolo di "registra" con il compito di convogliare le diverse energie del mondo sociale verso lo sviluppo coeso ed inclusivo della società e, dall'altra parte, i soggetti del Terzo settore sono chiamati a mettere in campo la loro conoscenza delle realtà sociali e dei bisogni collettivi e le loro specifiche competenze per la costruzione di un sistema di servizi e di prestazioni di carattere generale¹⁵³ che risponda direttamente alle richieste dell'interesse generale della collettività.

È su questa idea che sono costruiti gli strumenti di collaborazione contenuti nel Codice del Terzo settore. Per la verità si tratta di istituti non completamente nuovi e, al contrario, già consolidati nella vecchia legislazione settoriale, ma riproposti con nuovo slancio dal Codice. Sono maggiori e ulteriori, infatti, gli ambiti di applicazione degli strumenti della co-programmazione, della co-progettazione e dell'accreditamento – oggi contenuti nelle disposizioni dell'art. 55 del d.lgs. n. 117/2017 – rispetto alla precedente disciplina settoriale. La scelta del legislatore del 2017 è stata nel senso di rafforzare l'attività relazionale di pubbliche amministrazioni e Terzo settore, di modo che l'incontro tra i due soggetti non fosse

¹⁵¹ Tale concetto appartiene al dibattito internazionale relativo allo sviluppo umano ed è stato elaborato originariamente dall'economista A. Sen e approfondito in seguito insieme alla filosofa M. Nussbaum. Con questo termine gli studiosi fanno riferimento alla necessità di sviluppare in tutti i soggetti quelle "capacitazioni", ossia quelle risorse interne, che consentono loro di sviluppare le proprie competenze e di agire in modo libero e responsabile all'interno delle istituzioni in cui vivono, realizzando il proprio benessere personale oltre che quello economico e produttivo. La prima formulazione del concetto si deve a A. SEN, *Equality of what?*, nell'ambito di *The Tanner Lecture on Human Values*, tenuta alla Stanford University nel maggio del 1979. Gli sviluppi sul significato della *capability* e i diversi approcci dei due autori sul concetto si rinvergono in A. SEN – M. NUSSBAUM, *The quality of life*, Oxford University Press, 1993.

¹⁵² Nelle *Linee guida* si legge sinteticamente che «Pubblica amministrazione e terzo settore devono essere le due gambe su cui fondare una nuova welfare society».

¹⁵³ Cfr. E. ROSSI, *I rapporti fra Terzo settore e pubblica amministrazione*, in P. CONSORTI – L. GORI – E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, il Mulino, Bologna, 2018, p. 151. L'autore sottolinea in particolare come il d.lgs. n. 117/2017 abbia allargato l'area di coinvolgimento del Terzo settore nelle politiche pubbliche, giacché esso non è più considerato soltanto come soggetto erogatore di servizi o prestazioni, ma diventa un *partner* costante e continuo delle amministrazioni pubbliche in tutte le fasi della sua attività: dalla programmazione alla progettazione, dall'organizzazione dei servizi alla loro erogazione, fino alla valutazione dei risultati. Similarmente, L. GORI – F. ZANDONAI, *I confini del Terzo settore: una mappa costantemente da riscrivere*, in *Impresa sociale*, numero 11/2018, ritengono che il successo della riforma sia subordinato alla capacità di «superamento della distinzione fra primo e terzo settore, verso un'area grigia nella quale le responsabilità e le capacità dei due attori si compenetrano, anche giuridicamente».

più limitato alle sole attività prestazionali bensì esteso a tutte le attività di interesse generale¹⁵⁴ di cui all'art. 5 del Codice. Parimenti lo strumento della convenzione – di cui all'art. 56 del Codice – è riproposto come forma di collaborazione; tuttavia per questo specifico strumento l'ambito di applicazione è ridotto giacché esso è applicabile alle sole organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale¹⁵⁵.

L'intera riforma si fonda, come detto, sulla costruzione della nuova *welfare society*¹⁵⁶ e sull'esigenza di ammodernare le modalità di organizzazione ed erogazione dei servizi del *welfare*; e ciò passa attraverso il riconoscimento del valore e della funzione sociale degli enti del Terzo settore¹⁵⁷ e si realizza mediante il sostegno pubblico all'autonoma iniziativa dei cittadini. Lo stesso Codice, peraltro, richiama i principi costituzionali sulla base dei quali l'intera disciplina è costruita e menziona esplicitamente gli artt. 2, 3, 4, 9, 18 e 118, ultimo comma, della Costituzione a testimonianza dell'importanza dell'attività svolta come espressione di partecipazione, pluralismo e solidarietà, che sono poi i pilastri su cui si regge il nostro intero ordinamento. Se i principi hanno ancora valore e non sono mere dichiarazioni formali, è chiaro che gli strumenti di collaborazione menzionati devono effettivamente favorire il ruolo del Terzo settore e consentire allo stesso di rendersi non solo partecipe, bensì protagonista, di un nuovo modo di concepire la vita pubblica. Piuttosto che riferirsi al valore derogatorio del Codice del Terzo settore rispetto alla disciplina degli appalti¹⁵⁸, è allora fondamentale concentrarsi sulla autonomia della disciplina che, sebbene non esente dal rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, è altra cosa rispetto alla disciplina dei contratti pubblici. Non è un caso infatti che gli artt. 55 e 56 non richiamino il testo del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, né facciano menzione del principio di concorrenza giacché tali riferimenti lascerebbero intendere un legame particolarmente stretto con la materia degli appalti e con il mercato basato sulla logica del profitto. In modo più lieve, essi si limitano a garantire la massima forma di pubblicità e partecipazione al fine di scongiurare eventuali condotte discriminatorie o corrotte, in attuazione della disciplina

¹⁵⁴ In senso contrario, peraltro, a quanto concluso dall'Anac nelle *Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali* (Delibera del 20 gennaio 2016, n. 32). L'Autorità, facendo esplicito richiamo al d.p.c.m. 30 marzo 2001, ha ritenuto infatti che la collaborazione tra istituzioni pubbliche ed enti del Terzo settore fosse da limitare ai progetti innovativi e sperimentali di servizi, interventi e attività complesse.

¹⁵⁵ Scelta probabilmente motivata dalla volontà di porre in risalto la dimensione esclusivamente solidaristica e gratuita dei menzionati enti. Sul punto, si veda E. ROSSI, *I rapporti fra Terzo settore e pubblica amministrazione*, cit., pp. 144 e ss.

¹⁵⁶ Il rimando è senza dubbio al concetto benvenutiano di demarchia con il quale l'Autore intende il riconoscimento di una posizione attiva di partecipazione in capo ai cittadini ai fini della produzione degli atti e delle attività destinati ad incidere sui loro interessi e quindi sulla propria posizione giuridica e su quella della collettività. Cfr. F. BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Marsilio, Venezia, 1994.

¹⁵⁷ Cfr. art. 2, d.lgs. n. 117/2017.

¹⁵⁸ Rimarcato peraltro nelle *Linee guida* dell'Anac, la quale considera il Codice degli appalti la via ordinaria per l'affidamento dei servizi.

sulla trasparenza¹⁵⁹. Peraltro, contrariamente alla discrezionalità della scelta del ricorso alle formule contrattuali, l'art. 55 del d.lgs. n. 117/2017 utilizza la formula «assicurano» che non lascia spazio all'eventualità del coinvolgimento¹⁶⁰, che si attesta invece quale procedura ordinaria delle attività di programmazione e progettazione. Più nello specifico, lo strumento della co-programmazione si colloca all'interno del procedimento amministrativo e svolge un ruolo fondamentale in quanto determina tutti gli elementi utili per la definizione degli interventi da realizzare. Il ruolo del Terzo settore appare fondamentale in questa fase poiché favorisce l'individuazione dei bisogni specifici e reali della collettività che solo un'attenta conoscenza della realtà territoriale e sociale consente di effettuare in modo efficiente ed efficace. Proprio per il carattere tipico nell'ambito del procedimento amministrativo, non sono individuate ulteriori regole procedurali, anche in considerazione del fatto che la co-programmazione non è necessariamente seguita da forme di accreditamento o affidamento di servizi.

Più dettagliata è invece la disciplina della co-progettazione, il cui valore attuativo rende necessaria l'individuazione delle modalità di accreditamento. Sul punto, il decreto stabilisce che «l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene anche mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner». A contrario di quanto avviene per la co-programmazione che appartiene alla struttura del procedimento, la co-progettazione presuppone l'attivazione di un'ulteriore procedura per la sua effettiva implementazione. Il Codice del Terzo settore, a tal proposito, rimette la scelta in capo all'amministrazione procedente la quale può decidere di ricorrere al mercato attraverso le forme tradizionali, ovvero di avvalersi della disciplina speciale relativa al Terzo settore. La discrezionalità della decisione è infatti desumibile dalla scelta linguistica del legislatore, che ha optato per la formula «anche mediante» forme di accreditamento. Va tuttavia segnalato che, in virtù del termine «assicurano» utilizzato al primo comma, si intravede una preferenza del legislatore per il ricorso alla disciplina del Terzo settore in tutti quegli ambiti rientranti nelle attività indicate dall'art. 5. E ciò anche al fine di non sminuire e vanificare l'intero progetto di riforma e rilancio del privato sociale e andare incontro alla effettiva costruzione e al concreto

¹⁵⁹ Cfr. d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 e ss.mm. relativo al *Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*.

¹⁶⁰ Sul punto F. SCALVINI, *Co-programmazione, co-progettazione e accreditamento*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 269.

funzionamento della *welfare society*, nonché in attuazione del principio personalista, della solidarietà sociale e della sussidiarietà orizzontale¹⁶¹.

Infine, in riferimento alle convenzioni si segnala che il testo pone le stesse in alternativa alle procedura di gara¹⁶² e le riconduce di fatto alla fattispecie degli accordi collaborativi¹⁶³ ex art. 11 della legge n. 241/1990, sottoponendole al rispetto dei principi di cui alla legge stessa. Rileva infatti la natura solidaristica dello strumento che è estranea allo scopo lucrativo – giacché non si verifica uno scambio tra prestazione e pagamento del corrispettivo¹⁶⁴ – e si esprime invece come partecipazione allo svolgimento di un'attività di interesse generale a soddisfacimento di un bisogno della collettività. A tal proposito, va ricordato nuovamente che la natura della convenzione è testimoniata dalla limitazione dell'ambito soggettivo di applicazione alle sole organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale. Anche il ricorso alle convenzioni si attesta come un'eventualità per le amministrazioni pubbliche come suggerisce la formula «*possono sottoscrivere*» utilizzata dal testo, ma ciò che rileva è che si tratta in ogni caso di uno strumento alternativo rispetto a quelli proposti dal Codice degli appalti e che dunque dà vita ad una procedura e ad un sistema differenti rispetto a quelli della contrattazione pubblica.

I dubbi interpretativi dell'Anac.

Non del tutto convinta del carattere ordinario della disciplina del Terzo settore è l'Anac, la quale si è occupata con dedizione della questione, a partire dalle *Linee guida per l'affidamento di servizi ad enti del Terzo settore e alle cooperative sociali* del 2016. Nella Determinazione n. 32 del 20 gennaio 2016, infatti, l'Autorità attesta in più punti la natura derogatoria del Codice del Terzo settore rispetto alla disciplina degli appalti e non manca di richiamare le logiche concorrenziali che devono in ogni caso ispirare le attività di affidamento e di erogazione dei servizi. Il desiderio di circoscrivere l'ambito di applicazione della disciplina speciale del

¹⁶¹ Sul significato del principio di sussidiarietà orizzontale nel nostro ordinamento si rimanda, tra gli altri, a V. CERULLI IRELLI, voce *Sussidiarietà* (dir. amm.), in *Enc. giur.*, Agg. XII, 2004, pp. 11 e ss.; A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2/1997, pp. 603 e ss.; Id., *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, p. 30; D. D'ALESSANDRO, *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 92; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in *Studi in onore di G. Berti*, Vol. I, Jovene, Napoli, 2005; Id., *Sussidiarietà e solidarietà*, in *Impresa sociale*, 1/2005.

¹⁶² L'art. 56, comma 1, usa la formula «*se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato*» escludendo, peraltro, che lo strumento della convenzione appartenga al mercato, in questa specifica veste.

¹⁶³ Così A. LOMBARDI, *Il rapporto tra enti pubblici e Terzo settore*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, pp. 237 e ss.

¹⁶⁴ L'art. 56, comma 2, prevede infatti il mero rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate.

Terzo settore appare ancor più evidente con la «*tendenziosa*¹⁶⁵» domanda¹⁶⁶ posta dall'Anac al Consiglio di Stato in merito alla legittimità degli strumenti individuati dal Codice.

Lo scopo manifesto delle *Linee guida* e della richiesta di parere è quello di definire le modalità operative del Codice al fine di coordinare gli strumenti collaborativi individuati per il Terzo settore con il sistema dei contratti per i servizi contenuti nel Codice degli appalti pubblici. Ed in effetti, i dubbi dell'Anac attengono alla sovrapponibilità delle due discipline e, per questo, viene evidenziato che «*in presenza di norme concorrenti, emerge la necessità di chiarire l'ambito di applicazione delle stesse agli affidamenti di servizi sociali, tentando il coordinamento delle varie disposizioni nel rispetto dei principi di concorrenza e di solidarietà*». Tuttavia, l'atteggiamento dell'Anac non sembra neutrale ed appare anzi sbilanciato verso un aprioristico *favor* per la disciplina contrattualistica. In effetti, a partire dalla disamina degli articoli del Codice dei contratti pubblici relativi ad appalti e concessioni di servizi, l'Anac sembra quasi constatare l'inutilità – o, in ogni caso, la marginalità – della nuova disciplina speciale. Tanto che, a proposito della possibilità di ricorso agli strumenti di co-programmazione, co-progettazione, accreditamento e convenzioni, l'Autorità espone i suoi dubbi circa la «*compatibilità con la normativa vigente in materia di contrattualistica pubblica*». La questione è posta in riferimento al fatto che l'approvazione del Codice del Terzo settore non ha portato con sé la contestuale abrogazione della previgente disciplina in materia di servizi sociali – che conosceva già gli istituti dell'autorizzazione, dell'accreditamento, della co-programmazione e della co-progettazione attivabili con determinati organismi – informata alle logiche selettive. Pertanto, a parere dell'Anac si creano margini di sovrapponibilità e dubbi procedurali che attengono sia alla ancor vigente normativa settoriale relativa agli Enti del Terzo settore, sia alle nuove previsioni del d.lgs. n. 50/2016. Le osservazioni presentate nella richiesta di parere seguono peraltro il ragionamento portato avanti dall'Autorità nelle *Linee guida*¹⁶⁷, laddove le procedure di cui agli artt. 55 e 56 del Codice del Terzo settore hanno trovato maggiore specificazione in un'ottica di maggiore aderenza alle regole dell'evidenza pubblica tradizionale. In particolare, l'Anac aveva suggerito la circoscrizione dell'oggetto della co-progettazione ai soli progetti «*innovativi e sperimentali*»; proposta che tuttavia, in sede di approvazione del testo finale, non ha trovato spazio nel Codice lasciando il generico riferimento a «*progetti di servizio o di intervento*» che soddisfino i bisogni individuati in sede di

¹⁶⁵ Qualificazione utilizzata da G. MAROCCHI, *Coprogrammazione, coprogettazione e gli anticorpi della conservazione*, in *Welforum.it*, 31 agosto 2018.

¹⁶⁶ Richiesta di parere in merito alla normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali alla luce delle disposizioni del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, modificato dal decreto legislativo 19 aprile 2017 n. 56, e del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117.

¹⁶⁷ Per un approfondimento sui modelli collaborativi tra Terzo settore e pubblica amministrazione proposti dall'Anac si rimanda alla Deliberazione 20 gennaio 2016, n. 32 e all'analisi di E. FREIDIANI, *I rapporti con la pubblica amministrazione*, in *Non profit paper*, n. 3/2017, pp. 167 e ss.

co-programmazione. In secondo luogo, l'Anac ha definito il percorso procedurale che le amministrazioni sono chiamate a seguire nella stipula delle convenzioni e per l'accreditamento nel pieno rispetto del principio di concorrenza e nel tentativo di perfezionare il Codice che sul punto appare piuttosto vago e lacunoso. Nello specifico, è stato individuato un *iter* caratterizzato dalla pubblicazione di un avviso da parte dell'amministrazione procedente; la presentazione delle candidature da parte dei soggetti interessati e l'individuazione dei partner sulla base dei requisiti posseduti e del valore della proposta progettuale presentata; l'avvio della co-progettazione vera e propria e la conclusiva stipula di una convenzione con il soggetto prescelto. Peraltro viene rimarcato come nella disciplina previgente, al termine della procedura di co-progettazione, era consentita la stipula di una convenzione per la gestione di un servizio con forme più libere giacché era lo stesso vecchio Codice dei contratti pubblici ad escludere l'affidamento dei servizi sociali dalla disciplina contrattualistica pubblica. Tuttavia, in vigore del d.lgs. n. 50/2016 – se l'esito della co-progettazione è l'affidamento della gestione del servizio co-progettato dietro corrispettivo – si ritiene che la scelta del *partner* debba avvenire necessariamente nel rispetto del Codice dei contratti pubblici. Invero, tuttavia, il Codice del Terzo settore accoglie l'ipotesi della convenzione solo in riferimento ad organizzazioni di volontariato e organizzazioni di promozione sociale e, in ogni caso, in regime di gratuità. È da ritenere, pertanto, che le due discipline non siano tra loro in conflitto, sotto questo punto di vista.

In riferimento all'istituto dell'accreditamento, invece, l'Anac sottolinea che lo strumento individuato dal Codice del Terzo settore non comporti la scelta in via esclusiva di un soggetto cui affidare l'erogazione di un servizio bensì funga da regolatore dell'ingresso nel mercato di soggetti che intendono erogare servizi per conto del pubblico, in osservanza del principio di sussidiarietà orizzontale e da garante della qualità dei servizi. Ne consegue che laddove l'accreditamento sia finalizzato anche alla gestione del servizio con relativo affidamento, non siamo più di fronte all'accreditamento *ex art. 55, comma 4, del d.lgs. n. 117/2017* e pertanto la scelta dell'operatore è da effettuarsi in applicazione del Codice degli appalti. In questo caso, le preoccupazioni dell'Anac possono trovare giustificazione nel fatto che il legislatore abbia fatto uso del termine «*partenariato*» affiancato all'istituto dell'accreditamento. Il partenariato è infatti un istituto tipico della disciplina dei contratti pubblici e desta dunque qualche perplessità – o perlomeno qualche incertezza interpretativa – la sua collocazione nell'art. 55 del Codice del Terzo settore, senza peraltro ulteriori riferimenti al principio di concorrenza o alla vigente disciplina degli appalti. In questo senso, allora, un chiarimento da parte del

Consiglio di Stato appare senza dubbio utile a dirimere la questione e sciogliere i dubbi posti dall'Anac.

In ogni caso, ciò che emerge in modo chiaro dalle osservazioni dell'Anac è che essa è rimasta saldamente ancorata al vecchio modo di concepire il rapporto tra pubbliche amministrazioni e operatori privati sociali. L'Autorità dimostra infatti di non aver compreso l'obiettivo portato avanti dal legislatore con la riforma della disciplina del Terzo settore, rimanendo chiusa nelle logiche economiche e del mercato. Ciò appare evidente in quanto essa continua a riferirsi in modo riduttivo alle sole ipotesi di erogazioni di servizi, laddove il Codice ha espressamente esteso l'ambito di applicazione della disciplina alle attività di interesse generale e non si riferisce alle sole possibilità di affidamento degli stessi. Il testo infatti non fa riferimento alle sole attività prestazionali, ma all'espletamento di attività di interesse generale che possono anche presentarsi in forme differenti rispetto ai servizi, rimarcando tra l'altro il carattere sussidiario degli Enti del Terzo settore. Peraltro, l'atteggiamento riluttante dell'Autorità nei confronti dell'implementazione della disciplina del Terzo settore emerge anche dalla volontà di precisare e circoscrivere in modo eccessivo gli strumenti dell'accreditamento e della convenzione allo scopo di ridurre il relativo ricorso da parte delle amministrazioni pubbliche e favorire così l'applicazione della disciplina contrattuale.

Il principio della primazia del diritto euro-unitario e le argomentazioni conservative del Consiglio di Stato.

Di fronte alla riluttanza del legislatore ad accogliere le suggestioni proposte, l'Anac ha ritenuto di riproporre il quesito ai giudici di Palazzo Spada¹⁶⁸ ponendo l'accento sugli affidamenti ex artt. 55 e 56 e sui relativi ambiti di applicazione «*attesa la necessità di operare il necessario coordinamento tra la disciplina del Terzo settore e le disposizioni vigenti in materia di contrattualistica pubblica*».

Già nel parere reso sullo schema di decreto recante il Codice del Terzo settore¹⁶⁹, il Consiglio aveva premesso alle sue argomentazioni che, ferma la competenza esclusiva degli Stati membri in materia di enti *non profit*, l'ordinamento europeo ha adottato una nozione funzionale di impresa, per la quale rileva non già la natura dell'operatore quanto lo

¹⁶⁸ In modo fortemente critico, G. MAROCCHI, *Coprogrammazione, coprogettazione, e gli anticorpi della conservazione*, cit., ritiene che l'Anac e Consiglio di Stato abbiano avviato un «gioco di squadra» per deprimere il potenziale innovativo dell'amministrazione collaborativa.

¹⁶⁹ Cons. Stato, comm. spec., 31 maggio 2017, n. 927.

svolgimento di attività economiche in sé¹⁷⁰, pertanto, il rispetto della disciplina in materia di concorrenza non è in nessun caso derogabile laddove sia accertata la rilevanza economica del servizio. In aggiunta, il Consiglio aveva già invitato il legislatore ad intervenire sulla struttura complessiva del testo in modo da bilanciare le due contrapposte esigenze di valorizzare le organizzazioni non lucrative e salvaguardare gli equilibri del libero mercato. Sollecitazione resasi necessaria, a parere della Commissione speciale, poiché l'art. 55 del Codice non considera affatto i principi della concorrenza – richiamando solo i principi generali del procedimento amministrativo – e l'art. 56 non garantisce l'accessibilità al mercato dei servizi a quegli operatori che si occupano delle medesime attività ma operano in regime concorrenziale di mercato.

Il parere¹⁷¹ emesso in risposta alla richiesta dell'Anac rafforza quanto già dichiarato in sede consultiva e attesta anzitutto il principio della supremazia del diritto euro-unitario. Da questa dichiarazione di principio discende che tutto ciò che ha un valore fondante per l'ordinamento europeo acquista – o deve acquistare – rilevanza essenziale anche per i singoli Stati membri che ne costituiscono l'ossatura. A questo proposito, il Consiglio di Stato tiene a rimarcare che tra le finalità stesse della costruzione europea vi sono la «*creazione, estensione, allargamento ed approfondimento di un mercato unico (tale da essere, in prospettiva, mero "mercato interno" unionale), con la conseguente necessità di sottoporre alla disciplina pro-concorrenziale tendenzialmente ogni attività umana connotata da rilievo economico, allo scopo di evitare la permanenza di "sacche" sottratte al confronto competitivo e, dunque, potenzialmente assoggettabili a discipline nazionali contrarie allo spirito uniformatore sotteso ai Trattati*». Ribadire l'elevato valore del mercato e della concorrenzialità in ambito europeo, subito dopo aver ricordato la supremazia del diritto euro-unitario su quello nazionale, pone immediatamente la questione della inderogabilità delle regole del mercato di fronte a qualsiasi attività ritenuta economicamente rilevante¹⁷², pena il fallimento stesso del progetto europeo. Ed in effetti, il Consiglio di Stato basa le sue argomentazioni sulla distinzione tra esclusione ed estraneità di una data materia dalla regolazione competitiva europea. La differenziazione non è di poco

¹⁷⁰ Sul punto rilevano gli orientamenti della Corte di Giustizia, per la quale è considerata impresa un qualsiasi organismo che eserciti un'attività economica, offrendo beni e servizi su un determinato mercato, a prescindere dal suo *status* giuridico e dalle relative modalità di finanziamento. Cfr. CGUE, 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Höfner*; 17 febbraio 1993, cause riunite C-159/91 e C-160/91, *Poucet e Pistre*; 22 gennaio 2002, causa C-218/00, *Cisal*. Anche alle associazioni di volontariato è stata riconosciuta la qualifica di operatori economici in talune circostanze; v. CGUE, 29 novembre 2007, C-119/06 e Cons. Stato, sez. VI, 23 gennaio 2013, n. 387 e 30 giugno 2009, n. 4236.

¹⁷¹ Cons. Stato, comm. spec., 26 luglio 2018, n. 2052.

¹⁷² Sul punto, si rimanda a quanto affermato da Cons. Stato, sez. VI, 10 gennaio 2007, n. 30. In quella occasione, il Consiglio aveva precisato che i principi europei in materia di concorrenza sono «*valevoli al di là dei confini tracciati da direttive specifiche in quanto tesi ad evitare restrizioni ingiustificate e sproporzionate alla regola generale della libertà di competizione. Detti principi si appellano viepiù pertinenti nel caso di specie in cui, pur in assenza di un corrispettivo pecuniario a carico dell'ente pubblico, viene in rilievo un'utilità contendibile sub specie di vantaggio pubblicitario e di avvicinamento ad una clientela di notevoli dimensioni, che danno la stura ad un'ipotesi paradigmatica di rilevanza economica indiretta*».

conto giacché solo il riconoscimento dell'estraneità di una data attività ammette la disapplicazione della disciplina europea in quanto basata su un «*diverso sostrato oggettuale della materia, che la rende altra rispetto a quella normata dalla disciplina euro-unitaria*». Il regime di esclusione, invece, presuppone un legame con la materia normata – ciò che «*astrattamente rientrerebbe nel fuoco della normativa*» – che rimane pertanto inerente e soggetta alla disciplina ordinaria. Ed è proprio ciò che accade per la materia dei servizi sociali, a lungo esclusa – e non estranea – dalla disciplina euro-unitaria ma oggi rientrante nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/24/UE. In linea generale, quindi, l'erogazione di servizi sociali da parte di soggetti privati per conto delle amministrazioni pubbliche è oggi disciplinata dalla normativa europea e riconducibile al concetto di appalto¹⁷³. Per queste ragioni, il Consiglio precisa che di regola «*l'affidamento dei servizi sociali, comunque sia disciplinato dal legislatore nazionale, deve rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio (in termini euro-unitari, un "appalto") che rientra nel perimetro applicativo dell'attuale diritto euro-unitario*». Tanto più che nel diritto interno la Direttiva ha trovato puntuale accoglimento con l'approvazione del d.lgs. n. 50/2016. Il legislatore nazionale ha infatti provveduto a normare le diverse opportunità di affidamento dei servizi sociali¹⁷⁴ con il nuovo Codice degli appalti pubblici; pertanto, lo spazio normativo ad essi dedicato appare saturo¹⁷⁵. In questa ottica, l'accreditamento ex art. 55 del Codice del Terzo settore non contrasta la normativa europea e nazionale relativa alla concorrenza laddove si risolve in mera abilitazione priva di carattere selettivo. Parimenti co-progettazione e partenariato sono ammessi così come disciplinati dal d.lgs. n. 117/2017 solo allorché ricorra l'elemento della gratuità. Tale concetto è peraltro inteso in senso molto rigido come corrispondenza tra aumento patrimoniale del soggetto fruitore – in questo caso la collettività

¹⁷³ Come ricorda il Consiglio stesso, il concetto europeo di appalto è ben più ampio di quello nazionale e si riferisce a qualunque contratto a titolo oneroso, avente per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi, stipulato per iscritto tra stazioni appaltanti e operatori economici privati. La definizione è contenuta nell'art. 1, co. 1, lett. a), della Direttiva 1992/50/CE ed è riproposta nelle successive Direttive europee in tema di appalti pubblici (Direttive 2004/18/CE e 2014/24/UE).

¹⁷⁴ Dall'individuazione della soglia di rilevanza comunitaria per gli appalti di servizi sociali pari a € 750.000 per i settori ordinari e a € 1.000.000 per i settori speciali (art. 35) al regime alleggerito o riservato per determinate tipologie di servizi (artt. 140, 142, 143, 144); dalla definizione di criteri di aggiudicazione basati esclusivamente sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo in riferimento a determinati contratti di servizi sociali (art. 95) alla disciplina della concessione di servizi sociali (art. 169).

¹⁷⁵ In altra occasione, il Consiglio di Stato aveva già argomentato che «*quanto più (si riconosce che) le associazioni di volontariato (più in generale i soggetti no profit) possono oggi partecipare alle gare di appalto in condizioni di apparente parità con gli altri operatori, tanto meno si giustificano oramai le disposizioni di legge che autorizza(vano) la stipula di convenzioni "dirette" con le amministrazioni pubbliche per lo svolgimento di servizi, al di fuori di un confronto concorrenziale*». Aggiungendo peraltro che la previsione di una convenzione porrebbe gli enti non profit in una condizione di doppia agevolazione «*rappresentata in un caso dalla pubblica gara, cui possono ora partecipare al pari degli altri operatori; e nell'altro caso dal tradizionale privilegio, che conserverebbero intatto, dell'affidamento diretto, al quale risultano esclusi tutti gli altri, rispetto ai quali, dunque, una o più imprese private, nell'accezione comunitaria, vengono poste in una situazione privilegiata*». V. Cons. Stato sez. III, ord. 27 febbraio 2013, n. 1195.

– e diminuzione del capitale lavoro e del patrimonio del soggetto prestatore del servizio. A ciò si aggiunga quanto chiarito in merito al concetto di onerosità che ricorre ogni qualvolta risulti a carico del soggetto pubblico il costo di qualsivoglia fattore produttivo. Il che vuol dire che anche il mero rimborso può talvolta determinare l'onerosità della prestazione e, dunque, il suo carattere economicamente rilevante riducendo drasticamente le ipotesi di vigenza della disciplina del Terzo settore. La questione relativa agli istituti di cui all'art. 55 trova allora soluzione nell'ipotesi avanzata dalla Commissione speciale afferente il loro utilizzo in un contesto di totale gratuità e non onerosità. Diventa, tuttavia, ben più complessa in riferimento alle convenzioni¹⁷⁶ ex art. 56 del Codice, per le quali il richiamo del Consiglio di Stato al rispetto delle regole della concorrenza è invece inderogabile e perentorio. I giudici di Palazzo Spada hanno infatti ritenuto che la disciplina dell'istituto sia di per sé contraria alle direttive europee e alla disciplina degli appalti giacché prevede la possibilità di rimborso *tout court* delle spese sostenute, senza nessuna specificazione riguardo alla natura degli oneri rimborsabili ai fini della non onerosità della prestazione, aprendo dubbi di legittimità della disciplina in quanto debordante nell'ambito giuridico di appartenenza della concorrenza. La conclusione del Consiglio è dunque nel senso della forte limitazione dell'applicabilità del Codice del Terzo settore ai soli casi in cui manchi il carattere selettivo, ovvero vi sia l'elemento della gratuità¹⁷⁷ nel rigido senso sopra specificato. In tutte le altre fattispecie il sostrato giuridico rimane rappresentato dal Codice degli appalti, che peraltro prevale in ogni caso sulle difformi previsioni del Codice del Terzo settore.

Nel complesso il parere sembra sottovalutare che le Direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE – sebbene abbiano ricondotto la materia sei servizi sociali alla disciplina degli appalti e delle concessioni – non mancano di rimarcare la specificità e specialità dei servizi sociali e l'autonomia di cui i singoli Stati membri godono rispetto all'organizzazione degli stessi¹⁷⁸. Significativo in questo senso è il *Considerando* n. 114 della Direttiva 2014/24/UE¹⁷⁹ in

¹⁷⁶ Nel caso delle convenzioni, infatti, il rimborso assume di per sé il carattere oneroso giacché sono sicuramente a carico delle amministrazioni pubbliche gli oneri relativi alla copertura assicurativa dei volontari – che rientrano nel fattore produttivo “capitale lavoro” – di cui si avvalgono gli Enti del Terzo settore per l'erogazione delle prestazioni.

¹⁷⁷ Va peraltro segnalato che il Consiglio di Stato non manca di specificare che anche il carattere gratuito è soggetto a restrizioni ricordando che alle amministrazioni pubbliche spetta il difficile compito di valutare costi e benefici di una simile forma di prestazione giacché laddove più operatori forniscano quel determinato servizio a titolo gratuito, vi è il rischio di alterare le regole del mercato e di incorrere in concorrenza sleale nei confronti degli imprenditori che potrebbero dar vita a un mercato di tali servizi.

¹⁷⁸ Per un approfondimento sul crescente interesse dell'Unione europea per il tema del *non profit*, si rimanda a G. GIUDETTI, *L'Europa e il Terzo settore*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del Terzo settore e dell'impresa sociale. Una introduzione*, pp. 479 e ss.

¹⁷⁹ Similmente i *Considerando* n. 53 e 54 della Direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione riferiscono circa la specificità di taluni servizi sociali, sanitari o educativi che consente la disapplicazione piena della direttiva e la previsione di un regime differente e specifico soggetto ai soli obblighi di trasparenza e parità di trattamento. Le amministrazioni pubbliche godono pertanto di uno spazio di discrezionalità tale da organizzare la scelta dei prestatori dei servizi secondo le modalità che ritengono più opportune, purché siano garantiti i principi di trasparenza, pubblicità e non discriminazione.

riferimento ai servizi alla persona – nel cui ambito rientrano taluni servizi sociali, sanitari e scolastici – per i quali gli Stati membri sono liberi di organizzarsi «*attraverso modalità che non comportino la conclusione di contratti pubblici, ad esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi o la concessione di licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfano le condizioni definite in precedenza dall'amministrazione aggiudicatrice, senza che vengano previsti limiti o quote, a condizione che tale sistema assicuri una pubblicità sufficiente e rispetti i principi di trasparenza e di non discriminazione*». Tale disposizione riflette la più ampia apertura dell'ordinamento europeo ai diritti sociali e, più in generale, agli obiettivi di coesione sociale e di solidarietà¹⁸⁰. Questioni che il Consiglio di Stato sembra prendere solo in marginale considerazione¹⁸¹, focalizzando il suo interesse prevalentemente sulle logiche di mercato. Ed in effetti la disapplicazione della disciplina appaltizia è ammessa in determinate circostanze¹⁸², che tuttavia non richiamano il carattere dell'interesse generale, della solidarietà e della sussidiarietà orizzontale come invece legittimato dal nostro ordinamento costituzionale e come peraltro estraneo alla competenza euro-unitaria.

La controrisposta della dottrina alla luce dei fondamenti del Terzo settore.

Prima di esaminare la risposta del Consiglio di Stato, è opportuno muovere alcune considerazioni preliminari in merito ai quesiti posti dall'Anac. In primo luogo, come accennato, sembra riduttivo ricondurre il Codice del Terzo settore alle sole ipotesi di erogazione di servizi, giacché è il testo stesso ad aver esteso l'ambito di applicazione della disciplina. In questo senso, l'Anac sembra non aver colto l'ampiezza della riforma né la sua portata innovativa e sistematica. In secondo luogo, accogliendo la logica dell'alternatività¹⁸³ e

¹⁸⁰ È a partire dalla Comunicazione della Commissione “*I servizi di interesse generale in Europa*” del 1996 che la promozione della solidarietà e della coesione sociale diventano questioni d'interesse dell'Unione Europea. Il coinvolgimento sempre maggiore nei temi sociali è testimoniato più di recente dalle integrazioni normative ai Trattati costitutivi introdotte dal Trattato di Lisbona in materia di coesione sociale nonché dagli obiettivi definiti dalla strategia Europa 2020 che scardinano l'originaria indifferenza dimostrata dall'ordinamento e pongono la costruzione di un modello sociale europeo come obiettivo dell'Unione e degli Stati membri. Anche il giudice europeo si è ormai conformato a questo orientamento: emblematico in questo senso è la sentenza *Sodemare* (CGUE, 17 giugno 1997, C-70/95), che ha riconosciuto il valore del principio di solidarietà nella stipulazione di contratti pubblici, anche in deroga alle generali regole della concorrenza.

¹⁸¹ L'unica vera eccezione ammessa è riferibile all'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017 relativo al servizio di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza, il cui contenuto ricalca perfettamente quanto disposto dal *Considerando* n. 28 della Direttiva 2014/24/UE.

¹⁸² Specificamente allorché la procedura disciplinata dal diritto interno non abbia carattere selettivo, non tenda all'affidamento di un servizio sociale, ovvero miri all'affidamento ma a titolo integralmente gratuito. Il Consiglio di Stato, dunque, colloca la questione in una dimensione puramente economica e prescinde dagli sviluppi sociali e solidali sottesi.

¹⁸³ Teoria su cui si attesta una larga parte della dottrina. Si vedano, tra gli altri, A. LOMBARDI, *Il rapporto tra enti pubblici e Terzo settore*, pp. 238-239; F. SCALVINI, *Co-programmazione, co-progettazione e accreditamento*, pp. 276-277; L. GALLO, *I nuovi strumenti di collaborazione tra PA ed enti del Terzo settore alla prova dell'evidenza pubblica*, in *Welfare oggi*, n. 2/2018.

fondando il ragionamento sull'opportunità delle scelte effettuabili dall'amministrazione circa i due regimi, il coordinamento si realizza nel senso che è la scelta dell'esclusione del ricorso alle regole del diritto del Terzo settore a ricondurre la gestione dei servizi alla disciplina della contrattazione pubblica. Opportunità che, ovviamente, dovrà trovare una legittima e consistente giustificazione giacché escluderebbe la valenza dei principi costituzionali della solidarietà e della sussidiarietà orizzontale, nonché dell'efficienza di bilancio. È peraltro la stessa Autorità a riportare l'orientamento del Ministero del lavoro¹⁸⁴ per il quale «*ai fini del soddisfacimento dei bisogni emergenti dalle aree di attività di interesse generale, l'ordinamento giuridico mette a disposizione della P.A. procedente due differenti linee d'approccio. Nella prima, la P.A. fornisce direttamente o indirettamente i servizi e le prestazioni, attraverso un soggetto individuato secondo la procedura di gara, di natura competitiva, disciplinata dalle norme del Codice dei contratti pubblici. Nella seconda, la P.A. opera attraverso strumenti di natura collaborativa e sinergica, sviluppando una procedura di evidenza pubblica rispettosa delle regole procedurali della legge n. 241/90*». Già tale argomentazione dovrebbe valere a definire il possibile coordinamento tra due discipline solo apparentemente contrapposte, a partire dalla constatazione della diversità della natura dei due regimi.

In riferimento al parere del Consiglio di Stato, ciò che colpisce è la lettura parziale e riduttiva degli strumenti del Terzo settore e del sistema di solidarietà e coesione che è alla base della riforma. Per la verità, le considerazioni espresse dal Consiglio, così come i dubbi manifestati dall'Anac, sono in parte condivisibili laddove le due materie – seppur basate su sostrati differenti – tendono naturalmente ad avvicinarsi e talvolta a combaciare. Ed in questo senso, il parere tenta di scongiurare il rischio che la terza via scaldi quella del mercato anche laddove vi siano effettive condizioni di rilevanza economica dei servizi e quindi di ricorso al mercato. Non è tuttavia condivisibile l'arroccamento del giudizio sulle sole regole del mercato e della concorrenza, peraltro riducendo il diritto euro-unitario a mero calcolo economico e subordinando il diritto interno – finanche costituzionale¹⁸⁵ – ad una visione parziale del diritto di derivazione comunitaria¹⁸⁶. Sul punto, merita attenzione il documento¹⁸⁷

¹⁸⁴ Considerazioni espresse nell'ambito del Tavolo tecnico per la predisposizione dell'approfondimento sulla gestione dei servizi per l'accoglienza degli immigrati all'interno del Piano Nazionale Anticorruzione 2018.

¹⁸⁵ Si rammenta che i principi personalista, del pluralismo sociale e della solidarietà hanno valore fondante nel nostro ordinamento e che proprio il Terzo settore ne rappresenta una delle più ampie manifestazioni. Si veda a proposito quanto asserito dalla Corte Cost., 17-28 febbraio 1992, n. 75.

¹⁸⁶ È utile il richiamo ai due concetti di SIG e SIEG attraverso cui il legislatore europeo definisce la linea di confine tra solidarietà e mercato. In riferimento ai primi l'art. 2 del Protocollo n. 26 del TFUE riferisce circa la libertà degli Stati membri a fornire, commissionare e organizzare gli stessi in piena autonomia. L'art. 14 del TFUE invece vincola l'organizzazione dei SIEG al rispetto di principi e condizioni definiti a livello unionale.

¹⁸⁷ “*Il diritto del Terzo settore preso sul serio. Una riflessione a tutto campo, partendo da una lettura critica del parere del Consiglio di Stato n. 2052 del 20 agosto 2018 sul Codice del Terzo settore*”, redatto dal “*Club degli amici dell'articolo 55*” e che vede come firmatari illustri esponenti come Gregorio Arena, Felice Scalvini, Pasquale Bonasora, Carlo Borzaga, Antonio Fici, Fabio Giglioni, Luca Gori, Giangiorgio Macdonald, Gianfranco Marocchi, Silvia Pellizzari, Emanuele Rossi, Elisabetta

redatto da un gruppo di giuristi e studiosi del Terzo settore in risposta al parere del Consiglio di Stato che esorta l'Anac ad aggiornare le Linee guida per l'affidamento di servizi agli enti del Terzo settore rimeditando il parere espresso dai giudici e tenendo in debita considerazione la specificità della disciplina. La riflessione origina dal riconoscimento del valore sostanziale e costituzionale¹⁸⁸ del Terzo settore che ben consente di allargare la prospettiva e di assicurare un più equilibrato bilanciamento dei principi costituzionali e ordinamentali coinvolti. Senza dunque voler negare il valore del mercato e la consistenza dei principi che lo governano, l'esigenza è quella di affermare in modo decisivo l'esistenza di un mondo "altro" che non necessariamente confligge con il sistema del libero mercato. L'errore riconosciuto al Consiglio è infatti quello di aver ridotto la realtà nazionale – nonché quella comunitaria – ad una logica unicamente mercantile declinata esclusivamente sul principio della tutela della concorrenza, senza peraltro considerare un altro basilare principio – comunitario quanto nazionale – ossia quello solidaristico¹⁸⁹. In questo senso, il parere giunge a negare il riconoscimento del Terzo settore come attuativo del principio di sussidiarietà¹⁹⁰, nonché a violare i caratteri essenziali dell'ordinamento costituzionale fondato sui principi personalista, del pluralismo sociale e della solidarietà. E, peraltro, non è da sottovalutare che la richiesta di applicazione *sic et simpliciter* delle regole euro-unitarie in materia di concorrenza in una disciplina che esula dalla competenza dell'Unione Europea determina uno sconfinamento dal perimetro della competenza legislativa regionale. In concreto, comunque, l'analisi degli strumenti di collaborazione tra istituzioni pubbliche ed enti del Terzo settore alla luce dei principi costituzionali e ispiratori della riforma impone una rilettura degli stessi al fine di fornire un nuovo approccio interpretativo che valorizzi il

Salvatorelli, Gabriele Sepio, Ettore Vittorio Uccellini. A questi si aggiungono altri esponenti del mondo accademico come Marco Musella, Stefano Zamagni e Luca Fazzi insieme a quelle organizzazioni del terzo settore e della cooperazione sociale. Il club è nato nel luglio 2018 allo scopo di promuovere una riflessione approfondita sugli artt. 55, 56 e 57 del d.lgs. n. 117/2017, ritenendo che il Codice nel suo insieme – e l'art. 55 in particolare – rappresenti la legittimazione anche sul piano legislativo dell'amministrazione condivisa, un modello amministrativo fondato sulla collaborazione fra cittadini e tra cittadini e pubbliche amministrazioni.

¹⁸⁸ Sul punto, si rimanda a E. ROSSI, *Lo statuto costituzionale del Terzo settore*, in P. CONSORTI – L. GORI – E. ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, pp. 37 e ss.; L. ANTONINI – A. PIN, *Gli aspetti costituzionali, amministrativi e tributari del Terzo settore*, in S. ZAMAGNI (a cura di), *Libro bianco sul Terzo settore*, pp. 142 e ss.

¹⁸⁹ Il giudice europeo ha più volte giustificato la deroga all'applicazione delle regole concorrenziali appellandosi al principio di solidarietà. Sul punto si veda F. MIDIRI, *I servizi pubblici locali privi di interesse economico fra legislatore nazionale e giurisprudenza europea*, in G. SALA – G. SCIULLO, *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 259 e ss.

¹⁹⁰ Sul punto si vedano le riflessioni di A. PACI, *op. cit.*, pp. 12 e ss. per il quale la sussidiarietà orizzontale è lo strumento attraverso cui «conoscere la comunità e il suo territorio di riferimento, costruire relazioni di prossimità, partecipare all'interpretazione dei problemi e all'organizzazione delle risposte e integrare competenze, professionalità e livelli di responsabilità» e ben si traduce nelle formule collaborative previste per pubbliche amministrazioni e Terzo settore. Similmente i contributi in M. MUSELLA (a cura di), *La sussidiarietà orizzontale* di C. BORZAGA, *Sussidiarietà e impresa sociale: perché e come dovrebbero cambiare i rapporti tra pubblica amministrazione e impresa sociale*, pp. 24 e ss.; M. ALBANESE, *Il Terzo settore nella sussidiarietà e la creazione di capitale sociale*, pp. 58 e ss.; N. NAPPO, *Il volontariato come attore di sussidiarietà*, pp. 218 e ss.

ruolo del Terzo settore. In riferimento all'accreditamento, si ricorda che l'ordinamento riconosce già da tempo l'istituto come strumento attestante l'idoneità e la qualità della struttura erogante e del servizio erogato¹⁹¹. La procedura di accreditamento non presuppone dunque alcuna attività selettiva da parte dell'amministrazione pubblica né conseguentemente la necessità di ricorrere a procedure di evidenza pubblica, rimettendo la scelta agli utenti stessi di quel dato servizio¹⁹². Va comunque precisato che l'accreditamento può essere altresì utilizzato come strumento preliminare agli accordi di partenariato. In queste fattispecie specifiche la procedura è allora necessariamente selettiva e deve seguire conseguentemente le regole definite dal Codice degli appalti pubblici. Quanto alla fase attuativa della co-progettazione, il rimando è all'art. 12 della legge n. 241/1990 relativa ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici che consente dunque la realizzazione di specifici interventi – predeterminati dall'amministrazione procedente in fase di programmazione territoriale – ad opera di enti anche privati, attraverso il riconoscimento di un contributo. Si esclude dunque che l'erogazione del servizio che manchi dell'elemento della gratuità debba necessariamente passare per i meccanismi delle gare di appalto, come invece sostenuto dal Consiglio di Stato. E ciò non solo alla luce dell'art. 55 del Codice del Terzo settore, bensì in virtù di una procedura consolidata e normata dalla legge sul procedimento amministrativo. Infine, per quanto attiene allo strumento della convenzione – per il quale il parere dei giudici di Palazzo Spada è stato particolarmente critico – è da segnalare l'eccessiva chiusura nella definizione del concetto di gratuità, che eccede peraltro anche quanto consentito dal giudice europeo¹⁹³. La giurisprudenza europea è infatti orientata nel senso di non configurare le convenzioni tra amministrazioni pubbliche e organizzazioni di volontariato e di promozione sociale come contratti di appalto laddove sia assicurato il carattere non lucrativo dell'attività svolta e del rimborso riconosciuto. In questo senso, il giudice europeo riconosce la legittimità della disciplina del Terzo settore e la sua alterità rispetto a quella appaltizia, nonché la libertà degli ordinamenti nazionali di gestire l'erogazione dei servizi in modo autonomo. Come si è detto, il parere del Consiglio di Stato è parso animato da un forte spirito conservatore e, sebbene le considerazioni espresse non abbiano il potere di intervenire sul testo normativo, il rischio è quello di generare una generale astensione dall'attuazione delle collaborazioni così come descritte dal Codice del Terzo settore per timore di incorrere in

¹⁹¹ Così E. FREDIANI, *La gestione «reticolare» dei servizi alla persona tra logiche di mercato e modello sociale*, in E. VIVALDI (a cura di), *Disabilità e sussidiarietà. Il «dopo di noi» tra regole e buone prassi*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 215.

¹⁹² Peraltro il documento citato (*Il diritto del Terzo settore preso sul serio*) ricorda come all'accreditamento sia applicabile anche il sistema dei costi standard, ossia un sistema di semplificazione dei costi avente ad oggetto il rimborso sulla base di tabelle standard di costi unitari riconosciuto anche dall'ordinamento europeo.

¹⁹³ Sulla legittimità delle convenzioni a rimborso stipulate con associazioni di volontariato per motivi di solidarietà sociale si vedano CGUE, sez. V, 11 dicembre 2014, C-113/13 e 28 gennaio 2016, C-50/14.

future sanzioni. Tuttavia, recentemente, il Consiglio di Stato è tornato a pronunciarsi sul tema del Terzo settore¹⁹⁴ smussando i toni aspri utilizzati nel parere dello scorso agosto e riqualificando il ruolo degli enti del Terzo settore come attori della sussidiarietà orizzontale e della cittadinanza attiva. Nella sentenza i giudici riconoscono che il sistema collaborativo che viene ispirato dal Codice *«è caratterizzato, alla stregua, delle previsioni degli artt. 1, 2 e 118 della Costituzione, dalla spontanea cooperazione dei cittadini con le Istituzioni pubbliche mediante la partecipazione alle decisioni e alle azioni che riguardano la cura dei beni comuni, anziché dei pur rispettabili interessi privati, e che quindi cospirano alla realizzazione dell'interesse generale della società assumendo a propria volta una valenza pubblicistica, nella consapevolezza che la partecipazione attiva dei cittadini alla vita collettiva può concorrere a migliorare la capacità delle istituzioni di dare risposte più efficaci ai bisogni delle persone e alla soddisfazione dei diritti sociali che la Costituzione riconosce e garantisce»*. Si tratta certamente di un giudizio meno puntuale e rigoroso rispetto a quello espresso con il parere n. 2052/2018, ma che lascia comunque presagire un'indagine più approfondita e completa della riforma richiamando gli elementi della spontaneità, del bene comune e dell'interesse generale e – in alternativa alla disciplina della concorrenza – della sussidiarietà orizzontale.

Conclusioni.

Alla luce delle riflessioni portate avanti, emerge ancora una certa diffidenza nei confronti della disciplina, nonostante il mondo dell'associazionismo sia una realtà storicamente radicata nel contesto nazionale e la disciplina del Terzo settore non sia del tutto nuova all'ordinamento. Le discussioni sul tema riflettono i timori degli operatori privati *for profit* che rischiano di vedersi sottratte porzioni di mercato remunerative a favore degli enti del Terzo settore e dell'implementazione del principio di sussidiarietà orizzontale. La soluzione, in ogni caso, non può essere trovata nella minimizzazione dell'uno o dell'altro settore, quanto piuttosto in una dinamica sinergia che tenga conto di tutti i diversi principi e valori costituzionali coinvolti, al fine di costruire un sistema in cui ognuno di essi possa trovare soddisfazione, senza il rischio di essere annullati o compressi irragionevolmente.

Lo sforzo culturale da compiere riguarda il riconoscimento della equiordinazione e dell'alterità delle due discipline in esame, nonché del rilievo e del valore effettivo del Terzo

¹⁹⁴ Cons. Stato, sez. III, 6 marzo 2019, n. 1546.

settore. Gli enti *non profit* si collocano infatti fuori dal mercato e si inseriscono oggi negli spazi lasciati vuoti dalle pubbliche amministrazioni, le quali soffrono in questo momento storico di una grave carenza di risorse. Come peraltro ricordato dalle *Linee guida per la riforma del Terzo settore*, oggi l'obiettivo è quello di definire e implementare nuovi modelli assistenziali basati sul supporto e l'iniziativa del privato solidale, nell'ottica di una sussidiarietà che supera addirittura la dimensione orizzontale, declinandosi come reciproca o circolare¹⁹⁵. In questo senso, gli strumenti di collaborazione individuati dal Codice del Terzo settore sono le leve per la costruzione di questo modello e per questo è importante che in occasione dell'aggiornamento delle *Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del Terzo settore e alle cooperative sociali*, l'Anac operi un adeguato bilanciamento tra esigenze di solidarietà e regole della concorrenza. Le suggestioni offerte dal menzionato documento *Il diritto del Terzo settore preso sul serio* possono offrire una buona base di partenza per il difficile lavoro di coordinamento delle due discipline. Anche il parere n. 2052/2018 del Consiglio di Stato rappresenta indubbiamente un significativo riferimento, purché venga letto nell'ottica di una risposta ad uno specifico affare – ossia l'aggiornamento del PNA da parte dell'Anac – e nel senso di una interpretazione riferita a particolari e specifiche fattispecie in cui le due discipline possono trovarsi a confliggere; fattispecie che, tuttavia, non costituiscono l'ordinarietà quanto piuttosto eccezioni *sui generis*. Solo in quest'ottica di valorizzazione del progetto di riforma del Terzo settore la costruzione della *welfare society* può essere garantita e i bisogni della collettività possono ritenersi soddisfatti anche alla luce dell'ormai definitivo tramonto del *welfare state*.

Contributo sottoposto a referaggio doppio cieco conformemente alla Classe A dell'ANVUR.

¹⁹⁵ Sul concetto di sussidiarietà circolare cfr. S. ZAMAGNI, *Mercato, Stato, Società civile*, in *Rivista di Teologia morale*, 22/1991, pp. 301 e ss.; G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, cit., p. 182.

CARICA DELLE RISORSE IDRICHE MODELLI DI UTILIZZO:

Simulazione presso l'Unità di pianificazione idrologica dell'Alto Piranhas

MODELOS DE COBRANÇA PELO USO DOS RECURSOS HÍDRICOS:

Simulação na Unidade de Planejamento Hidrológico do Alto Piranhas

CHARGING OF WATER RESOURCES USE MODELS:

Simulation at the Hydrological Planning Unit of Alto Piranhas

Francisca Rozângela Lopes de Sousa¹⁹⁶

Valterlin da Silva Santos¹⁹⁷

Mary Dayane Souza Silva¹⁹⁸

Dante Flavio Oliveira Passos¹⁹⁹

Sumario: 1. INTRODUÇÃO; 2. METODOLOGIA; 2.1 Caracterização da área de estudo; **2.2** Procedimentos metodológicos; **3. RESULTADOS E DISCUSSÃO; 3.1** Análise estrutural dos modelos de cobrança adotados no Brasil; **3.2** Diagnóstico da implementação de outorga; **3.3** Simulação do modelo escolhido e arrecadação; **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

¹⁹⁶ Professora na Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Mestre em Sistemas Agroindustriais pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). rhozeadm@hotmail.com.

¹⁹⁷ Professor Classe C - Adjunto, Nível IV da Unidade Acadêmica de Ciências Contábeis do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Sistemas Agroindustriais do Centro de Tecnologia Agroalimentar Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). Doutor em Recursos Naturais ambos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG). alterlin@yahoo.com.br.

¹⁹⁸ Professora na Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Doutoranda em Administração na Universidade Federal do Pernambuco (UFPE). m.dayane.silva@gmail.com.

¹⁹⁹ Professor Assistente do Cursos de Administração da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Doutorando de Pesquisa pela Università Degli Stuti Internazionale de Roma (UNINT). dante flavio@hotmail.com.

RESUMO

(pt) A cobrança pelo uso dos recursos hídricos, de maneira paulatina, está sendo implementada nas bacias hidrográficas brasileiras. A bacia hidrográfica do rio Piancó-Piranhas-Açu, por sua vez, ainda não adotou um modelo para a cobrança pelo uso dos recursos hídricos, assim o objetivo desse trabalho é de analisar os principais modelos de cobrança pelo uso dos recursos hídricos adotados por bacias e estados brasileiros avaliando a possibilidade de implementação na referida bacia. Para tanto, inicialmente, fez-se um levantamento das outorgas emitidas na Unidade de Planejamento Hidrológico do Alto Piranhas através de dados da Agência Executiva de Gestão das Águas do Estado da Paraíba (AESAs). Posteriormente foram analisados os modelos adotados pelos Estados do Ceará e da Paraíba; pelas Bacias Hidrográficas do rio Paraíba do Sul; dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiá; e do rio São Francisco. O diagnóstico das outorgas emitidas na região demonstra que o principal uso da água é o setor agrícola, porém grande parte dos usuários está com suas outorgas vencidas ou com processo em andamento, evidenciando a importância de uma maior eficiência na concessão de outorga. Com base nas informações coletadas, o modelo proposto pelo estado da Paraíba foi o único com possibilidade de implementação na região em estudo, cuja aplicação deste modelo resultaria em arrecadação anual de R\$ 201.156,94 para um total de 213 usuários outorgados.

Palavras-chaves: Gestão dos recursos hídricos; Instrumentos de gestão; Bacia hidrográfica.

ABSTRACT

(it) L'utilizzo delle risorse idriche si sta gradualmente implementando nei bacini idrografici brasiliani. Lo spartiacque del fiume Pianco-Piranhas-Açu non ha ancora adottato un modello di utilizzo delle risorse idriche, pertanto l'obiettivo di questo lavoro è analizzare il principale modello di utilizzo delle risorse idriche adottato dagli spartiacque e degli stati brasiliani, valutando la possibilità di attuazione in detto spartiacque. Inizialmente, è stata condotta un'indagine sui diritti di utilizzo dell'acqua concessi dalle sovvenzioni all'Unità di pianificazione idrologica dell'Alto Piranhas attraverso i dati dell'AESA (Agenzia per la gestione delle risorse idriche dello Stato di Paraíba). Successivamente, sono stati analizzati i modelli adottati dagli Stati di Ceará e Paraíba; dagli spartiacque del fiume Paraíba do Sul; del fiume São Francisco e dei fiumi Piracicaba, Capivari e Jundiá. La diagnosi dei diritti di utilizzo delle risorse idriche nella regione mostra che l'uso principale dell'acqua è nel settore agricolo, ma la maggior parte degli utenti ha i diritti di concessione delle acque sia in ritardo o correttamente, a dimostrazione dell'importanza di una maggiore efficienza nella concessione della concessione. Sulla base delle informazioni raccolte, il modello proposto dallo Stato di Paraíba ha dimostrato l'unico che dà la possibilità di essere implementato nella regione oggetto dello studio e la applicazione di questo modello comporterebbe una raccolta annuale di R\$ 201.156,94 per un totale di 213 utenti che ne anno diritto.

Parole chiave: gestione delle risorse idriche; Strumento di gestione; Bacino idrografico

(en) *The charging of water resources use is gradually being implemented in the Brazilian watersheds. The Pianco-Piranhas-Açu river watershed has not yet adopted a charging of water resources use model, thus the objective of this work is to analyze the main charging of water resources use model adopted by watershed and Brazilian states evaluating the possibility of implementation in said watershed. Initially, a survey was made of the grants issued water use rights at the Alto Piranhas Hydrological Planning Unit through data from the Paraíba State Water Management Executive Agency (AESA). Later, the models adopted by the States of Ceará and Paraíba were analyzed; by the Paraíba do Sul river watersheds; of the São Francisco River and the rivers Piracicaba, Capivari and Jundiá. The diagnosis of the granting water use rights in the region shows that the main use of water is the agricultural sector, but most of the users have their granting water use rights overdue or with process in progress, evidencing the importance of greater efficiency in granting concession. Based on the information collected, the model proposed by the State of Paraíba was the only one with the possibility of implementation in the study region, whose application of this model would result in an annual collection of R \$ 201,156.94 for a total of 213 users granted.*

Keywords: *Water resources management; Management tool; Hydrographic basin.*

1. INTRODUÇÃO

A água possui inúmeras finalidades, o que ocasiona alguns conflitos entre seus usuários. Além de fundamental a gestão e a regulação dos recursos hídricos, viabiliza a sustentabilidade nas demandas do tripé, econômico, social e ambiental por água, com o intuito de promover o consenso entre os usos atuais e futuros evitando conflitos de uso (Barbosa *et al.* 2014).

A Lei nº 9.433 de 1997 marca a gestão dos recursos hídricos do país, principalmente por mencionar a água como um bem de domínio público, de valor econômico e escasso, que deve ter sua gestão descentralizada e participativa. Tendo ainda como objetivos, assegurar a disponibilidade de água para as gerações atuais e futuras, propondo inclusive a utilização racional e integrada desse recurso. A Lei também enumera cinco instrumentos fundamentais na Política Nacional de Recursos Hídricos, ferramentas cruciais no suporte à gestão e ao gerenciamento (Brasil, 1997): Planos de Recursos Hídricos; Enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água; Outorga dos direitos de uso de recursos hídricos; Cobrança pelo uso dos recursos hídricos; Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos.

Rodrigues *et al.* (2015) afirmam que o modelo brasileiro de gerenciamento dos recursos hídricos foi desenvolvido principalmente considerando a escassez e os conflitos provenientes dos múltiplos usos desse recurso, de modo que as políticas de adotar a outorga e a cobrança pelo uso a água, visam promover seu uso racional e garantia em qualidade e quantidades suficientes também para as gerações futuras.

Barbosa *et al.* (2014) comentam que a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos é de fundamental importância, uma vez que a regularização do uso da água assegura ao usuário não apenas o acesso a ela, mas principalmente o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água. Vale ressaltar ainda que a outorga não representa a venda das águas, haja vista que são inalienáveis,

mas tende a separar as águas genericamente consideradas como bem de uso comum do povo a parcela outorgada, concedendo prioridade ao outorgado, o que também pode ser suspenso nos casos previstos no artigo 15 da Lei nº 9.433/1997, dentre eles, os casos em que estiver ameaçado o interesse público e a prioridade ao abastecimento humano e a dessedentação de animais (Brasil, 2011).

Rosa e Ribeiro (2014) destacam a cobrança pelo uso dos recursos hídricos como instrumento primordial na tentativa de garantir o desenvolvimento sustentável, haja vista que o uso racional da água, proporciona o exercício de atividades econômicas e o desenvolvimento social, ao passo que também contribui para a preservação e conservação do recurso, além disso, os valores arrecadados com a cobrança propiciam a implantação de estudos, projetos e ações voltadas para a preservação ambiental.

A cobrança pelo uso dos recursos hídricos tem como objetivos: dar ao usuário uma indicação do real valor da água; incentivar seu uso racional; e obter recursos financeiros para recuperação das bacias hidrográficas do país. De modo que, a Cobrança não é um imposto, e sim uma remuneração pelo uso de um bem público, com preço estipulado considerando a participação dos usuários da água, da sociedade civil e do poder público no âmbito dos Comitês de Bacia Hidrográfica (CBHs), que por sua vez possui a competência de sugerir ao respectivo Conselho de Recursos Hídricos os mecanismos e valores de cobrança a serem adotados na sua área de atuação (ANA, 2015).

No Brasil, a cobrança se destaca em níveis de estudo, haja vista que possui duas variáveis bastante significativas no que se refere à economia, na perspectiva de reconhecê-la como um bem de valor econômico, por conseguinte, a financeira com o objetivo de obter recursos financeiros para apoiar estudos, programas, projetos e o correto gerenciamento dos recursos hídricos (Silva *et al.* 2015).

Rodrigues (2014) cita que a cobrança pelo uso dos recursos hídricos é aplicada, em águas de domínio da União, nas bacias hidrográficas do rio Paraíba do Sul, dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiá, do rio São Francisco e do rio Doce. No que se refere às águas de domínio estadual, estão incluídos os estado do Ceará, que foi o pioneiro no Brasil, Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais.

Nessa perspectiva, a cobrança não deve ser relacionada unicamente como uma forma de arrecadar recursos financeiros para reverter à degradação existente, mas principalmente instituir um comportamento adequado por parte dos usuários em relação à racionalização de seu uso (Thame, 2000). Sousa *et al.* (2015) salientam que a metodologia da cobrança depende de uma série de fatores ambientais, tais como climatológicos e hidrológicos, atrelados a fatores relacionados aos usos, a diluição de águas residuais e a implementação de projetos de melhorias e manutenção da qualidade e da quantidade de água na bacia hidrográfica.

A Bacia Hidrográfica do rio Piancó-Piranhas-Açu (BHRPPA), situada na região semiárida de Paraíba e Rio Grande do Norte, tem que a água como um fator limitado e de extrema importância para o desenvolvimento socioeconômico da região. Além disso, os históricos períodos de seca prolongada, associada a eventos de inundações dessa região marcam profundamente a convivência e permanência humana nesse espaço (ANA, 2016).

Segundo Santos e Nóbrega (2017) desde 2012 a Unidade de Planejamento Hidrológico do Alto Piranhas (uma das sub-bacias da BHRPA) está sofrendo com as consequências da pior seca dos últimos 50 anos. Os reservatórios Engenheiro Ávidos e São Gonçalo entraram em colapso. As populações da zona rural e das cidades abastecidas por esses reservatórios sofreram com um

racionamento de água, sendo proibida a retirada de água dos reservatórios e diversos trechos do rio Piranhas para fins de irrigação de culturas agrícolas, desde janeiro de 2015.

Contanto, segundo o Plano de Recursos Hídricos da Bacia Hidrográfica dos rios Piancó-Piranhas-Açu (ANA, 2016) a referida bacia hidrográfica, apesar do sistema de outorga dos direitos de uso de recursos hídricos já está operando há certo tempo, não tem implementado um sistema de cobrança pelo uso dos recursos hídricos, não obtendo recursos financeiros para a realização dos programas previstos no seu Plano de Recursos Hídricos e nem incentivando o uso racional da água por parte dos usuários.

De acordo com o Plano Estadual de Recursos Hídricos da Paraíba – PERH – PB (AESAs, 2006), na região estão instaladas a maior área irrigada do Estado da Paraíba, o Perímetro Irrigado de São Gonçalo, com cerca de 2.400ha, e a maior área passível de irrigação, Distrito de Irrigação do Perímetro Irrigado das Várzeas de Sousa, com 5.000 ha. De modo que, essa região em potencial, ainda está isenta da cobrança pelo uso da água, o que tem contribuído para o uso desenfreado da água bem como o desperdício.

Assim o objetivo deste trabalho é fazer uma análise estrutural dos principais modelos de cobrança pelo uso dos recursos hídricos adotados no Brasil, realizando um diagnóstico das outorgas pelo uso dos recursos hídricos na Unidade de Planejamento Hidrológico do Alto Piranhas (uma das sub-bacias da BHRPA) e simular o(s) modelo(s) de cobrança mais adequado(s) verificando sua arrecadação anual.

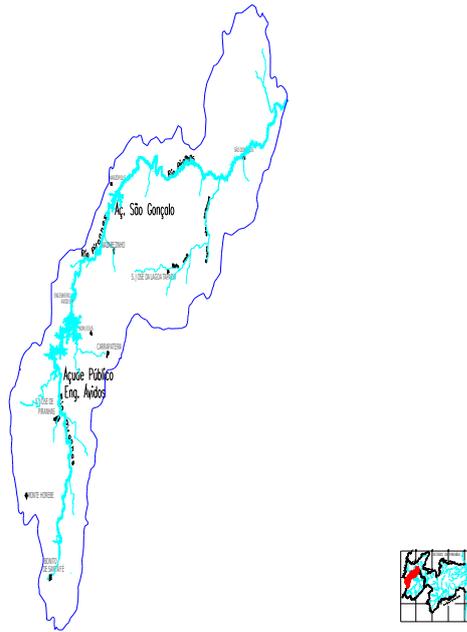
2. METODOLOGIA

2.1 Caracterização da área de estudo

A área de estudo compreende a Unidade de Planejamento Hidrológico do Alto Piranhas (Figura 1) situada na bacia hidrográfica do rio Piancó-Piranhas-Açu. Inserida totalmente no Estado da Paraíba, abrange áreas de 19 municípios sendo que 07 possuem sede situada no seu interior. Com uma área de 2.562 km², a referida unidade de planejamento hidrológico apresenta cerca de 68 açudes com área superficial maior que 5 ha, sendo os principais os reservatórios Engenheiro Ávidos e São Gonçalo (ANA, 2016).

Os reservatórios Engenheiros Ávidos e São Gonçalo são responsáveis pelo abastecimento de duas importantes cidades paraibanas, Sousa e Cajazeiras, além das cidades de Marizópolis, Nazarezinho e dos distritos de Engenheiros Ávidos e São Gonçalo. Os reservatórios também suprem as demandas hídricas do Perímetro Irrigado de São Gonçalo e demandas difusas no entorno dos reservatórios e no leito do rio Piranhas (Reis, 2014).

Figura 1 - Unidade de Planejamento Hidrológico do Alto Piranhas - UPHAP.



Fonte: Adaptado de ANA (2016).

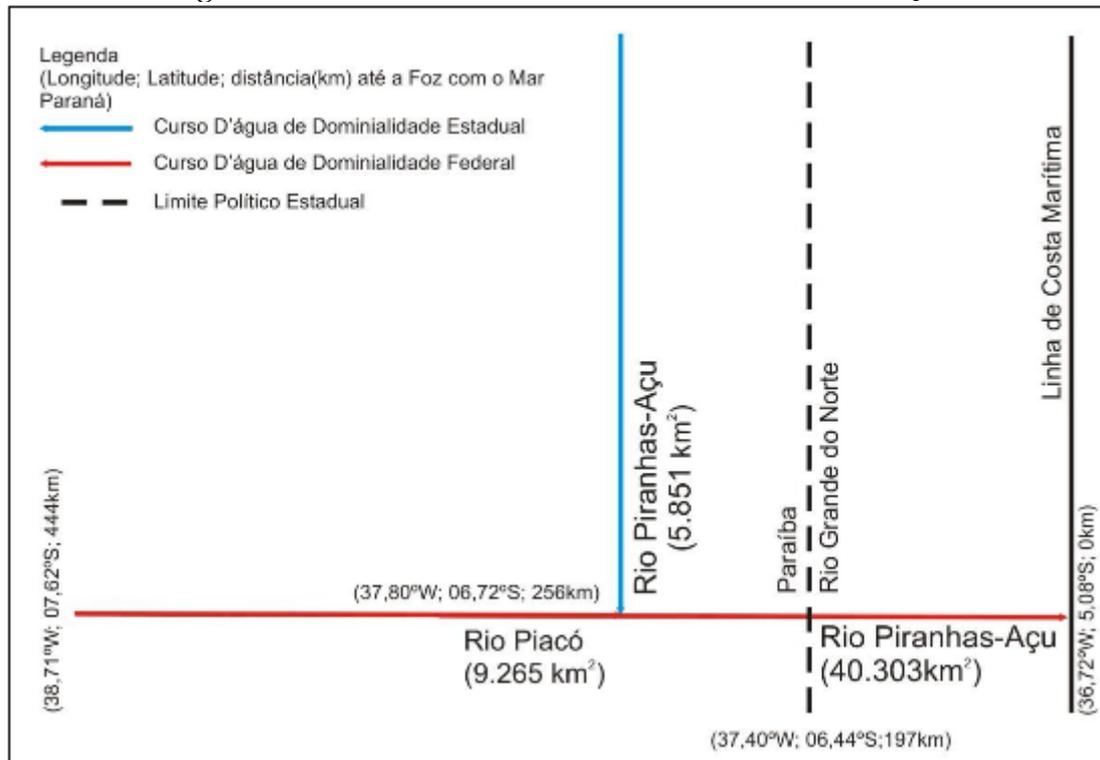
A Nota Técnica nº019/2004/NGI/ANA estabelece os critérios de dominialidade do rio Rio Piranhas-Açu, de modo que o curso principal do rio segue acompanhando o curso tradicional desde a sua foz no mar até a confluência do Rio Piancó. Após este ponto o curso segue o Rio Piancó por ser a área de drenagem deste (9.265 km²) superior que a do próprio Rio Piranhas-Açu a montante do ponto (5.831 km²), se mantendo no Rio Piancó até a sua nascente seguindo pelo riacho Santa Inês. O curso do rio principal atravessa a fronteira entre os estados do Rio Grande do Norte e Paraíba (entre as cidades de Jardim de Piranhas - RN e São Bento - PB), sendo por estas razões de domínio federal. Em contrapartida, o curso superior do Rio Piranhas-Açu, a montante da confluência do Rio Piancó, compreende uma bacia totalmente contida no estado da Paraíba, o que faz com que todos os rios nesta sub-bacia, incluindo o próprio curso superior, sejam de dominialidade estadual paraibana. A Figura 2 mostra a dominialidade do Rio Piancó-Piranhas-Açu.

Assim, temos que, na Unidade de Planejamento Hidrológico do Alto Piranhas, as outorgas dos direitos de uso de recursos hídricos no rio Piranhas e seus afluentes são emitidas pela Agência Executiva de Gestão de Águas do Estado da Paraíba - AESA. Como os reservatórios Engenheiro Ávidos e São Gonçalo foram construídos pelo Governo Federal, suas águas constituem de domínio da União (de acordo com a Resolução ANA nº 399/2004). Logo as outorgas dos direitos de uso de recursos hídricos desses reservatórios são emitidas pela Agência Nacional de Águas - ANA.

Conforme informações da ANA (2016) o inciso IV, do artigo 4º da Lei Federal nº 9.984, de 17 de junho de 2000, é de competência da própria Agência Nacional de Águas outorgar, por meio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União, além de emitir outorga preventiva, emite também a reserva de disponibilidade hídrica para fins de aproveitamentos hidrelétricos e sua consequente conversão em outorga de direito de uso de recursos hídricos. Já em seu artigo 8º, a ANA dá publicidade aos pedidos de outorga de direito de uso de

recursos hídricos bem como às suas autorizações, publicando inclusive as solicitações nos Diários Oficiais da União e do respectivo Estado e da publicação dos extratos das Resoluções de Outorga (autorizações) no Diário Oficial da União.

Figura 2 – Dominalidade do Rio Piancó-Piranhas-Açu.



Fonte: Nota Técnica nº019/2004/NGI/ANA.

Nessa perspectiva, a Resolução ANA nº 687/2004, representa o marco formal da negociação para ordenamento do uso dos recursos hídricos na bacia. Definindo vazões de referência para outorga bem como de entrega de água entre os estados da Paraíba e do Rio Grande do Norte, além de regras de gestão da água dos açudes Curema, Mãe d'Água e Armando Ribeiro Gonçalves. Considerando a evolução das demandas de água num período de 10 anos, estabelecendo inclusive a alocação de água entre seis trechos do sistema e dos respectivos usos em cada um. Também foi definida uma vazão de entrega da Paraíba para o Rio Grande do Norte; a sistemática de regularização dos usuários de água do sistema, a implantação de uma rede de monitoramento quantitativo-qualitativo e finalmente os índices de eficiência mínima para projetos de irrigação.

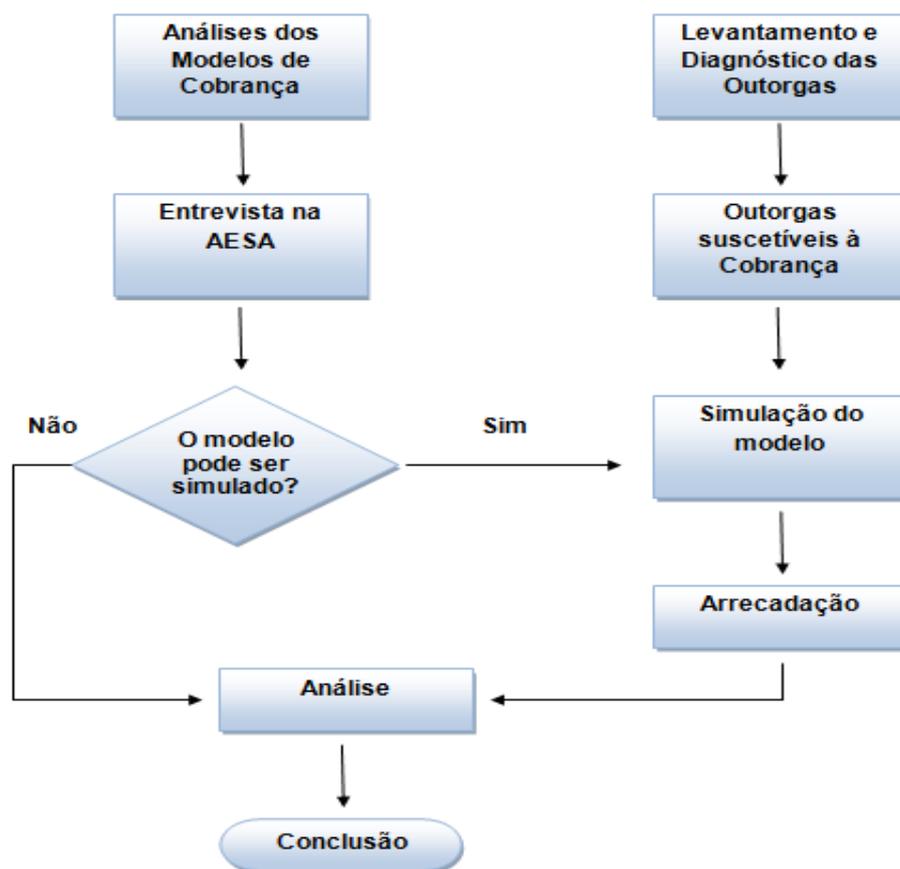
No estado da Paraíba a Lei nº 6.308/97 institui a Política Estadual de Recursos Hídricos; posteriormente a Lei nº 7.779/05 cria a Agência de Gestão das Águas do Estado da Paraíba – AESA e, no seu Capítulo I, Artigo 5º, aborda exatamente a outorga de direito de uso dos recursos hídricos em corpos d'água de domínio do Estado. Já o Decreto nº 19.260/97 regulamenta a outorga de direito de uso dos recursos hídricos. E finalmente o Decreto nº 26.224/05 dispõe sobre a regulamentação e a

estrutura básica da AESA e, no seu Capítulo III, Seção XIV, Artigo 17, fala sobre as competências da Gerência Executiva de Outorga e Licença de Obras Hídricas (AESA, 2016).

2.2 Procedimentos metodológicos

As etapas metodológicas que nortearam este trabalho estão dispostas na Figura 3. Inicialmente, foi realizado um levantamento das outorgas de águas emitidas na região de estudo presentes no site da Agência Executiva de Gestão de Águas do Estado da Paraíba (AESA, 2016) no dia 03 de junho de 2016, obtendo as informações dos usuários outorgados, com processo de outorga em andamento, com outorgas vencidas e os usuários cadastrados.

Figura 3- Etapas metodológicas do trabalho.



Fonte: Dados da pesquisa, 2016.

Posteriormente, foram analisados os seguintes modelos de cobrança de uso da água bruta: o modelo adotado no estado do Ceará; na bacia do Paraíba do Sul; na bacia dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiá; no rio São Francisco e o modelo proposto para o estado da Paraíba, tendo como base os trabalhos de Viana (2011), Rodrigues (2014), Rodrigues *et al.* (2015), Magalhães Filho *et al.* (2013), Thomas (2002) e Vera (2014).

Foram identificadas as peculiaridades de cada modelo, avaliando a possibilidade de implantação considerando as particularidades da região em estudo. Para tanto foi realizada uma visita técnica à sede da Gerência Regional de Bacia Hidrográfica III da AESA, na cidade de Sousa, onde se buscou informações possíveis para a implementação de um modelo de cobrança pelo uso recursos hídricos.

Em seguida os modelos com possibilidade de implementação na região de estudo foram simulados verificando sua arrecadação anual.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 Análise estrutural dos modelos de cobrança adotados no Brasil

A escolha dos modelos que seriam analisados se deu basicamente por serem os primeiros modelos implantados no país, uma vez que o estado do Ceará se antecede até mesmo à União, criando um modelo próprio de tarifação, posteriormente algumas bacias federais tiveram a proposta da cobrança estudada e implantada. Já o estado da Paraíba está em fase de avaliação e análise de implementação, uma vez que já possui um decreto que regulamenta a cobrança no âmbito do Estado. O Quadro 1 apresenta a forma de diferenciação dos usuários para cada tipo de modelo analisado.

Quadro 1 - Diferenciação dos usuários de alguns modelos de cobrança pelo uso dos recursos hídricos

Modelo	Diferenciação de usuários
Ceará	Tarifação
Bacia do Paraíba do Sul	Equação para cada tipo de uso
Bacia dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiá	Equação para cada tipo de uso
Bacia do rio São Francisco	Equação para cada tipo de uso
Paraíba	Tarifação

Fonte: Dados da pesquisa, 2016.

Os modelos adotados nas bacias do rio Paraíba do Sul, dos rios Piracicaba, Capivari e Jundiá e do rio São Francisco, possuem características semelhantes, dentre elas: o tipo de cobrança através da Captação, Consumo e Lançamento de efluentes; em ambos os casos, o período de arrecadação é anual; há a diferenciação de usuários de modo que possui uma equação para mensurar o valor a ser cobrado para cada tipo de uso e finalmente os tipos de usuários que são muito semelhantes, distinguindo apenas a questão de transposição de bacias.

No caso do Ceará o tipo de cobrança se dá através da Captação; dentre os cinco modelos estudados é o único que possui arrecadação mensal; a diferenciação do usuário acontece por tarifação e os tipos de usos consistem em Indústria; Abastecimento público; Irrigação; Piscicultura; Carcinicultura; Água mineral; Potável de mesa; Demais usos. É o único modelo, dos cinco analisados que não cobra pelo lançamento de efluentes.

Já no modelo proposto pelo estado da Paraíba, o tipo de cobrança envolve exatamente Captação e Consumo; e sua arrecadação é anual, se assemelha ao modelo do Ceará por ter a tarifação como o critério de separação de usuários; já os tipos de usos são praticamente os mesmos dos outros modelos incluindo apenas Piscicultura intensiva e Carcinicultura; Setor de comércio; Indústria e; Agroindústria.

3.2 Diagnóstico da implementação de outorga

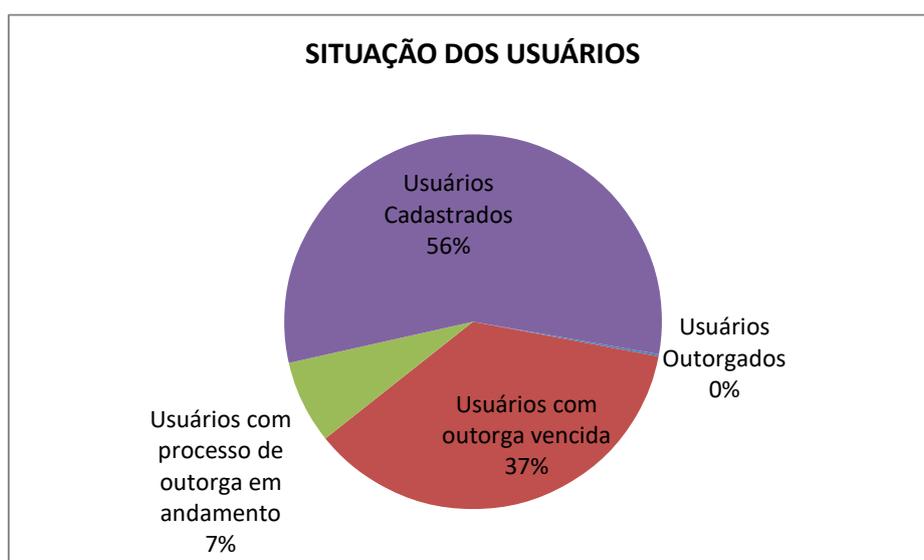
A AESA ao implementar a regularização de uso dos recursos hídricos em todo o estado, através do cadastramento de usuários de água nos seus usos múltiplos, tanto de águas superficiais quanto subterrâneas, nas mais diversas regiões paraibanas, tem o intuito de monitorar e conhecer o universo de usuários, bem como auxiliar no gerenciamento dos recursos hídricos. As informações coletadas no cadastramento servem de suporte para o banco de dados que por sua vez contribuem para o gerenciamento de outorga e de operação de mananciais, que necessitam de dados de áreas irrigadas, número de animais e abastecimento comunitário, para finalmente calcular as necessidades e as possibilidades de liberação de água em cada região e seus mananciais em função da disponibilidade hídrica.

A situação dos usuários de água na UPHAP, com base nas informações fornecidas pelo site da AESA, pode ser observada na Figura 4.

Tem-se que os usuários cadastrados representam mais de 50% dos usuários de água da região, ao passo que 37% são usuários com outorga vencida e apenas 7% estão com processos de outorga em andamento. Esses são os percentuais referentes aos seguintes números, apenas 2 usuários são outorgados; 188 com outorga vencida; 35 são os usuários com processo de outorga em andamento e por fim os usuários cadastrados somam 189 (AESAs, 2016).

Segundo informações da gestora da Gerência Regional de Bacia Hidrográfica III da AESA, em 2010 foi realizada pela Secretaria de Estado dos Recursos Hídricos, do Meio Ambiente e da Ciência e Tecnologia (SERHMACT) do Estado da Paraíba uma campanha para cadastrar os usuários de água no Estado, abrangendo todas as bacias e regiões hidrográficas, em torno de mananciais previamente selecionados e acredita que muitos dos usuários cadastrados ainda não foram efetivamente outorgados, o que justifica o elevado valor percentual desse segmento.

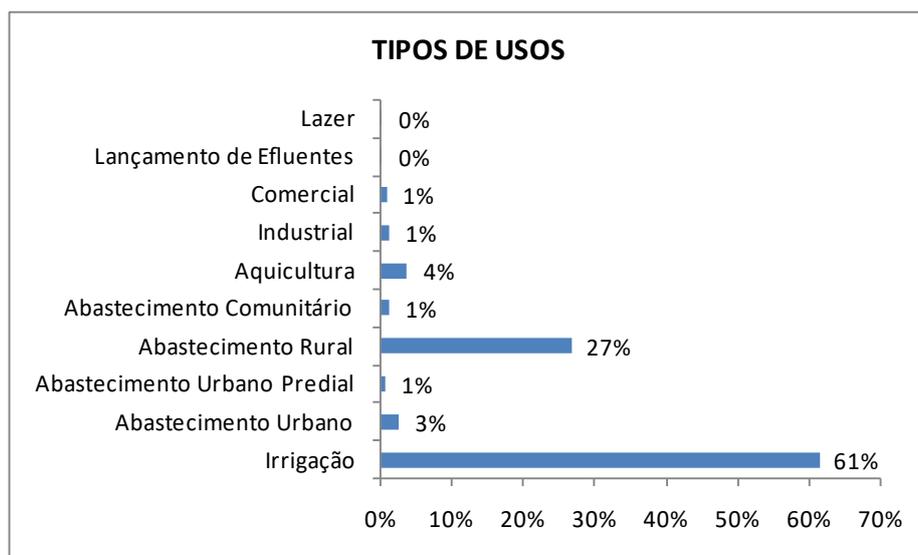
Figura 4 - Situação dos usuários de água na região do alto curso do rio Piranhas quanto aos seus pedidos de outorga.



Fonte: AESA (2016).

A Figura 5 apresenta-se a os percentuais dos tipos de usos quanto aos pedidos de outorga. Tem-se que a maioria dos usuários utiliza a água para fins de irrigação, seguido do abastecimento rural. Com relação ao uso industrial, vale ressaltar que muitas indústrias estão em centros urbanos e utilizam água da concessionária local, não configurando, assim, como usuário de água. Destaca-se, também, o fato da existência do uso da água para aquicultura (com 20 usuários) e lançamentos de efluentes (2 usuários) que podem comprometer a qualidade da água dos mananciais da região.

Figura 5 - Percentual dos tipos de usos da água quanto aos pedidos de outorga.



Fonte: AESA (2016).

3.3 Simulação do modelo escolhido e arrecadação

O único modelo de cobrança com possibilidade de simulação foi o modelo adotado pelo próprio estado da Paraíba, como determina a Lei estadual nº 6.308/96, quando estabelece que o valor total anual a ser cobrado em reais é o produto do conjunto de coeficientes de características específicas (adimensional) pelo preço unitário para cada tipo de uso (R\$/m³); que também multiplica o volume anual outorgado (m³).

Para tanto, utilizou os valores de vazão dos usuários outorgados, com outorga vencida e com processo em andamento na região do alto curso do rio Piranhas, considerando que os usuários cadastrados estão isentos de outorga. Desse modo os tipos de usos que foram simulados foram: Irrigação; Piscicultura intensiva e Carcinicultura; Abastecimento público; Setor de comércio; Lançamento de esgotos e demais efluentes e Uso na indústria.

Na Tabela 1, tem-se a quantidade de usuários outorgados, com outorga vencida e com processo em andamento na região do alto curso do rio Piranhas para cada tipo de uso bem como o volume anual outorgado.

Tabela 1 - Quantidade de usuários outorgados, com outorga vencida e com processo em andamento e os volumes outorgados na região do alto curso do rio Piranhas para cada tipo de uso.

Tipo de uso	Número de usuários	Volume anual (m³/ano)
Irrigação	164	6.743.970,00
Piscicultura intensiva e Carcinicultura	2	135.298,00
Abastecimento público	31	9.799.144,17
Setor do comércio	6	821.306,67
Lançamento de esgotos e demais efluentes	2	4.299.577,19
Uso na indústria	8	80.546,67
Total	213	21.879.842,69

Fonte: AESA (2016).

Observa-se que o abastecimento público é o que detém o maior volume anual outorgado. Apesar da maioria dos usuários serem do setor de irrigação eles detém cerca de 31% de todo volume anual outorgado. Destaca-se o setor de Lançamento de esgotos e demais efluentes, que com apenas 2 usuários, detém cerca de 20% de todo volume anual outorgado.

Na Tabela 2 mostra-se a simulação dos valores arrecadados pelo modelo proposto pelo estado da Paraíba.

Tabela 2 - Simulação dos valores arrecadados para os usuários outorgados.

Tipo de uso	Valor arrecadado	Percentuais
Irrigação	20.231,91	10%
Piscicultura intensiva e Carcinicultura	676,49	0%
Abastecimento público	117.589,73	58%
Setor do comércio	9.855,68	5%
Lançamento de esgotos e demais efluentes	51.594,90	26%
Uso na indústria	1.208,20	1%
Total	149.567,92	100%

Fonte: Dados da pesquisa, 2016.

Observa-se que o maior valor arrecadado seria oriundo do abastecimento público, seguido do Lançamento de esgotos e demais efluentes e Irrigação. Vale salientar que, a quantidade de usuários e volume outorgado para Irrigação e Lançamento de esgotos e demais efluentes mostra uma disparidade, no sentido de suas quantidades serem inversamente proporcionais aos valores arrecadação, o que é justificado pelo preço/m³, já que para a Irrigação adotou-se um valor de R\$ 0,003/m³ enquanto que o Lançamento de esgotos e demais efluentes é de R\$ 0,012/m³.

Portanto, a simulação da aplicação da metodologia apontou uma arrecadação anual de R\$ 201.156,94; considerando um total de 213 usuários outorgados, apenas para a região do alto curso do rio Piranhas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O principal intuito desse trabalho foi investigar a implementação de um modelo de cobrança pelo uso da água bruta na região do alto curso do rio Piranhas, considerando inclusive algumas metodologias implantadas em bacias hidrográficas e estados brasileiros, promovendo uma compreensão significativa no que se refere aos mecanismos de cobrança adotados atualmente no âmbito nacional, tanto em bacias federais, quanto estaduais, demonstrando inclusive a complexidade de cada um deles.

Os supracitados modelos de cobrança pelo uso da água foram implementados de forma satisfatória, uma vez que as metodologias de cálculos estão consolidadas e são aceitas até os dias atuais. Dentre os modelos analisados nesse estudo, pode-se dizer que o modelo de cobrança do estado do Ceará e o do estado da Paraíba são os que apresentam menos variáveis e rigidez na metodologia, em contrapartida os modelos do Paraíba do Sul; Piracicaba, Capivari e Jundiá bem como do rio São Francisco são modelos extremamente parecidos e apresentam uma base de cálculo bem mais detalhada, por se tratarem de bacias federais exigem mais rigor, incluindo nas variáveis a quantidade de DBO no lançamento de efluentes, valores diferenciados para a transposição entre bacias; utiliza-se de coeficientes de ponderação; mecanismo diferenciado para o setor rural, o consumo efetivo do usuário, entre outras, informações estas, que a AESA não disponibiliza.

O Decreto nº 33.613/12, que regulamenta a cobrança pelo uso da água bruta de domínio do estado da Paraíba, apesar de ser o único modelo dos cinco estudados, com capacidade para a simulação devido aos dados disponíveis, não pode ser utilizado na bacia do rio Piancó-Piranhas-Açu por se tratar de uma bacia de domínio federal, como citado anteriormente, compreendendo os estados de Paraíba e Rio Grande do Norte. Além do mais, o referido modelo pode ser considerado simplificado, por não abordar as questões relevantes, como lançamento da carga de DBO, consumo efetivo dos usuários, lançamento de efluentes e a transposição de bacias, o que pode comprometer os reais objetivos da cobrança.

Posto que a cobrança pode ser considerada como uma etapa fundamental no que se refere à evolução do controle ambiental e da qualidade das águas das bacias hidrográficas brasileiras, sobretudo partindo do pressuposto de que a simulação do modelo sugerido pelo estado da Paraíba apontou uma arrecadação anual de R\$ 201.156,94; considerando um total de 213 usuários outorgados, o estudo não analisou de forma criteriosa se os possíveis valores poderiam de fato suprir a necessidade da bacia, se os recursos seriam suficientes para a sua recuperação bem como para práticas da educação ambiental.

Nessa perspectiva, é pertinente ressaltar que não se pode confundir a cobrança com o valor pago pela prestação de serviço de abastecimento de água e tratamento de esgoto. A cobrança pelo uso da água bruta, objetiva garantir que os recursos financeiros arrecadados sejam direcionados prioritariamente para ações de fortalecimento institucional, proteção e recuperação da bacia e

educação ambiental, conforme metas previamente estabelecidas em seu plano de investimentos, ainda que seja um instrumento polêmico e controverso, uma vez que a complexidade tanto dos objetivos quanto dos mecanismos propostos, sobretudo referente à aplicação dos recursos arrecadados, devido à falta de transparência causa desconfiança e a falsa ideia de se tratar de mais um imposto.

REFERÊNCIAS

AESA. Agência Executiva de Gestão de Águas do Estado da Paraíba. *Plano Estadual de Recursos Hídricos do Estado da Paraíba (PERH-PB)*. Resumo Executivo. João Pessoa: SEMARH, 2006.

AESA. Agência Executiva de Gestão de Águas do Estado da Paraíba. *Quadro-Resumo dos usuários da bacia do região do alto curso do rio Piranhas*. Disponível em: <<http://www.aesa.pb.gov.br/consultas/principal.php?municipio=0&RGTipo=bacia&bacia=Regi%E3o+do+Alto+Curso+do+Rio+Piranhas&BtnPesquisar=Pesquisar>>. Acesso em: 03 jun. 2016.

ANA. Agência Nacional de Águas. *Cobrança pelo uso de Recursos Hídricos de domínio da União na Bacia PCJ*. Disponível em: <http://www2.ana.gov.br/Paginas/servicos/cobrancaearrecadacao/BaciaPCJ_Inicial.aspx>. Acesso em 21 abr. 2016.

ANA. Agência Nacional de Águas (Brasil). *Plano de recursos hídricos da bacia hidrográfica dos rios Piancó-Piranhas-Açul Agência Nacional de Águas*. -- Brasília: ANA, 2016.

ANA. Agência Nacional de Águas. *Cobrança pelo Uso de Recursos Hídricos*. Disponível em: <<http://www2.ana.gov.br/Paginas/servicos/cobrancaearrecadacao/cobrancaearrecadacao.aspx>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

ANA. Agência Nacional de Águas. *Coordenação de Outorga; Outorgas Emitidas pela ANA*. Disponível em: <<http://www2.ana.gov.br/Paginas/institucional/SobreaAna/uorgs/sof/geout.aspx>>. Acesso no dia 10 out. 2016.

BARBOSA, D. L.; ALBUQUERQUE; BATISTA, M. L. C. *Simulação da prioridade de uso das águas superficiais como um critério para o instrumento da outorga*. Revista Brasileira de Recursos Hídricos, 2014.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente, Secretaria de Recursos Hídricos, 2011. *Plano Nacional de Recursos Hídricos - Prioridades 2012-2015*. Brasília, MMA, 120p. 2011.

BRASIL. *Lei de Águas: Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997*. Brasília – DF, 1997.

MAGALHÃES FILHO, L. N. I.; FILHO, G. M. M.; VERGARA, F. E.; et al. *Comparação de modelo de cobrança pelo uso da água: Uma abordagem entre exemplos europeus, do Brasil e sugestões para implementação na bacia do rio Formoso-TO*. In: XX Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos. Água, Desenvolvimento Econômico e Socioambiental. 20ª ed., Bento Gonçalves – RS. Associação Brasileira de Recursos Hídricos. 2013.

REIS, C. Q.; *Avaliação da sustentabilidade hídrica dos reservatórios Engenheiro Ávidos e São Gonçalo/ Cristiane Queiroz Reis*. – 2014. 73 f. Dissertação (Mestrado) Sistemas Agroindustriais – Universidade Federal de Campina Grande - UFCG, Pombal-PB. 2014.

RODRIGUES, M. V. S. R.; *Avaliação do desempenho da cobrança da água bruta por categoria de uso nas bacias do Estado do Ceará utilizando a análise por envoltória de dados / Marcus Vinícius Sousa Rodrigues*. – 2014. 174 f. Tese (Doutorado em Engenharia Civil) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2014.

RODRIGUES, M. V. S.; AQUINO, M. D.; THOMAZ, A. C. F.; *Análise por Envoltória de Dados Utilizados para Medir o Desempenho Relativo da Cobrança pelo Uso da Água nas Bacias Hidrográficas do Estado do Ceará*. Revista de Gestão de Água da América Latina. Porto Alegre, v. 12, n.1, p. 15 – 29, jan/jun, 2015.

ROSA. B. P.; RIBEIRO. J. C. J.; *A cobrança pelo uso da água como mecanismo de sustentabilidade*. Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília: Escola de Direito. Brasília – DF, v. 9, nº 2, p. 59-90, jul./ Dez, 2014.

SANTOS, V. da S.; NOBREGA, A. K. Q. *Análise multicriterial no auxílio de tomada de decisão: Estudo de caso no reservatório São Gonçalo, Paraíba*. Revista Verde de Agroecologia e Desenvolvimento Sustentável, v.12, n.5, p.837-842, 2017.

SILVA, S. M. O.; SOUZA FILHO, F. A.; AQUINO, S. H. S.; *Alocação de custos e cobrança pelo uso da água no estado do Ceará*. REGA, Porto Alegre – v. 12, n. 2, p. 47-59, jul./dez. 2015.

SOUSA, P. R.; SILVA, J. P.; MARTINS, A. A.; FIGUEROA, F. E. V.; *Simulação de cobrança pelo uso de recursos hídricos na bacia do ribeirão Taquarussu Grande, Palmas-TO*. Rega, Porto Alegre, v. 12, n. 2, p. 17-24, jul./dez. 2015.

THAME, A. C. de M.; *A cobrança pelo uso da água*. São Paulo: IQUAL, Instituto de Qualificação e Editoração LTDA., 256 p. 2000.

THOMAS, P. T.; *Proposta de uma Metodologia de Cobrança pelo Uso da Água Vinculada à Escassez*. Patrick Thadeu Thomas. 2002. 153 f. Dissertação (Mestrado) Engenharia Civil. Universidade Federal do Rio de Janeiro - COPPE/UFRJ, Rio de Janeiro. 2002.

VERA, L. H. A. *Atuação da cobrança pelo uso da água de domínio da união como instrumento de gestão de recursos hídricos na Bacia Hidrográfica do rio São Francisco*. 2014. 165f. Dissertação (Mestrado em Engenharia Civil, área de concentração – Recursos Hídricos). Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2014.

VIANA, L. F. G. *Proposta de modelo de cobrança de água bruta no estado do Ceará: Uma revisão do modelo atual*. 2011. 85 p. Dissertação (Mestrado em Economia Rural) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza - CE, 2011.

Contributo sottoposto a referaggio doppio cieco conformemente alla Classe A dell'ANVUR.

L'INCERTA SORTE DEI CINGHIALI SELVATICI TRA VALUTAZIONE DI INCIDENZA, VALUTAZIONE AMBIENTALE STRATEGICA E ABBATTIMENTI SELETTIVI "PER RICOMPORRE SQUILIBRI ECOLOGICI".

Nota a sentenza del TAR Campania Napoli, Sez. I, n. 2690, pubblicata il 21/05/2019.

Lorenzo Bruno Molinaro

Sommario: **1.** Premessa. **2.** L'infungibilità tra Valutazione Ambientale Strategica e Valutazione di Incidenza Ambientale. **3.** Il "sentito" obbligatorio dell'Ente di Gestione e il potere sostitutivo della Regione. **4.** I dicta della Corte Costituzionale in materia: **a)** l'abbattimento della fauna nociva non è attività venatoria; **b)** la commercializzazione di "fauna selvatica morta" per sagre e manifestazioni è consentita solo se proveniente da allevamenti. **5.** Considerazioni conclusive.

1. Premessa.

La sentenza che si annota (TAR Campania Napoli, Sez. I, Pres. *Veneziano*, Est. *Corciulo*, depositata il 21 maggio 2019) ha il pregio di aver fatto piena luce su rapporti e differenze tra istituti regolati da una disciplina disomogenea e meritevole di una migliore ricostruzione sistematica anche a seguito degli interventi della Corte Costituzionale in materia di *fauna selvatica omeoterma* e di una procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea nei confronti dell'Italia per la non conformità delle norme nazionali (parte seconda del D.lgs. n. 152/2006) alla direttiva VIA 2011/92/UE, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di progetti pubblici e privati, in seguito modificata dalla direttiva 2014/52/UE con finalità di promuovere una "*smart regulation*" in coerenza e sinergia con temi quali biodiversità, cambiamento climatico, uso sostenibile del suolo, vulnerabilità e resilienza a incidenti e calamità naturali.

2. L'infungibilità tra Valutazione Ambientale Strategica e Valutazione di Incidenza Ambientale.

Con la sentenza in esame il TAR ha accolto *“nei sensi e limiti di cui in motivazione”* il ricorso proposto dall'Associazione Italiana per il *World Wide Fund for Nature (WWF) Onlus* avverso la delibera della G.R. della Campania del 7 agosto 2018, n. 521, con la quale è stato approvato il Piano di gestione e controllo dei cinghiali allo scopo *“di risolvere i problemi di conflitto causati dalla specie nel territorio regionale, in special modo nei confronti dell'agricoltura, dell'ambiente e delle attività umane”*, nonché i pareri dell'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA) del 12 ottobre 2017 e del 12 luglio 2018.

Va, preliminarmente, precisato che l'Associazione ricorrente, all'atto della proposizione del gravame, ha circoscritto il proprio *“interesse ambientale”* all'impugnazione delle sole parti in cui i provvedimenti censurati hanno previsto interventi di controllo della popolazione di cinghiale con l'approvazione del piano di prelievo per il primo anno nelle aree protette statali e regionali interessate, nelle oasi di protezione della fauna, nei parchi urbani e nelle aziende faunistico-venatorie.

Oggetto di impugnazione è stato anche il decreto del dirigente della Regione Campania (dip. 50, dg 17, UOD 92 Staff Valutazioni Ambientali) contenente la *Valutazione di Incidenza* del piano e, più specificamente, l'allegato 1-B, punto 2.02, delle norme di salvaguardia dei Parchi regionali dei Monti Picentini, Partenio, Taburno-Camposauro, Roccamonfina-Foce Garigliano, Matese, Fiume e, quanto al Parco dei Monti Lattari, il punto B dell'Allegato alla deliberazione della Giunta regionale n. 2227 del 26 settembre 2003, nella parte in cui si dispone che *“al di fuori dell'area di riserva integrale (zona A), ai fini del mantenimento dell'equilibrio faunistico, si possono prevedere eventuali prelievi faunistici, eventuali abbattimenti selettivi che, fino all'approvazione del Piano del Parco, sono autorizzati dall'Ente Parco e sono affidati alle Amministrazioni Provinciali competenti per territorio”*.

Il TAR, nel ritenere il ricorso fondato, dopo aver premesso che *“non sposta i termini della questione quanto opinato nella difesa della Regione Campania, secondo cui la fase di approvazione sarebbe stata preceduta, conformemente all'art. 6, secondo comma, lettera b) del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, dalle valutazioni strategiche opportunamente richieste, a tal fine operando riferimento al parere favorevole per la Valutazione di Incidenza al Piano Triennale approvato”*, ha fissato i seguenti, importanti principi di diritto.

A) In conformità a quanto previsto dall'art. 11 del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, la *Valutazione Ambientale Strategica* costituisce per i piani e programmi in materia ambientale parte integrante del procedimento, sicché i provvedimenti amministrativi di approvazione adottati senza che la stessa sia stata preventivamente acquisita, ove prescritta, sono annullabili per violazione di legge.

B) La *Valutazione di Incidenza* di cui all'art. 5 del d.P.R. 8 settembre 1997, n. 537, e successive modificazioni non è *“in rapporto di equivalenza o di sostituibilità”* con la *Valutazione Ambientale Strategica*.

La prima, infatti, *“pone a fondamento di esigenze di protezione ambientale finalità di tipo conservativo dello stato dei luoghi rispetto ad effetti modificativi che un nuovo strumento di programmazione o pianificazione potrebbe comportare”*.

La seconda, invece, come stabilito dall'art. 6, comma 1, del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, *“riguarda i piani e i programmi che possono avere impatti significativi sull'ambiente e sul patrimonio culturale”*.

Essa è richiesta, in particolare, per tutti i piani e i programmi: *“a) che sono elaborati per la valutazione e gestione della qualità dell'aria ambiente, per i settori agricolo, forestale, della pesca, energetico, industriale, dei trasporti, della gestione dei rifiuti e delle acque, delle telecomunicazioni, turistico, della pianificazione territoriale o della destinazione dei suoli, e che definiscono il quadro di riferimento per l'approvazione, l'autorizzazione, l'area di localizzazione o comunque la realizzazione dei progetti elencati negli allegati II, III e IV del presente decreto; b) per i quali, in considerazione dei possibili impatti sulle finalità di conservazione dei siti designati come zone di protezione speciale per la conservazione degli uccelli selvatici e quelli classificati come siti di importanza comunitaria per la protezione degli habitat naturali e della flora e della fauna selvatica, si ritiene necessaria una valutazione d'incidenza ai sensi dell'articolo 5 del decreto del Presidente della Repubblica 8 settembre 1997, n. 357, e successive modificazioni”*.

La sentenza del TAR ribadisce, sul punto, quanto già affermato in precedenza dal Consiglio di Stato, Sez. VI, con sentenza del 10 maggio 2011, n. 2755, secondo cui è indiscutibile *“la diversità della VAS rispetto alla valutazione di incidenza ambientale sottesa ai piani provinciali resa dalla Regione, ai sensi dell'art. 5 del d.P.R. n. 357 del 1997 (recante il regolamento recante attuazione della direttiva 92/43/CEE, sulla conservazione degli habitat naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatiche); infatti, la valutazione di incidenza, già prevista nel sistema antecedente alla differita entrata in vigore del d.lg. n. 152 del 2006, ha un rilievo settoriale, destinato alla particolare protezione di siti di importanza comunitaria (e da tenere in considerazione anche in sede di VAS, anch'essa divenuta necessaria in base alla normativa sopravvenuta del 2006)”*.

Invero, ben diverse e più ampie sono le finalità e l'ambito di operatività della *Valutazione Ambientale Strategica* che, oltre a presentare, come sottolineato dal TAR, *“un'articolazione procedimentale pluristrutturata, assicurando forme di partecipazione diffusa attraverso l'espletamento di consultazioni precedute e rese possibili da un ampio regime di pubblicità (art. 14 del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152)”*, pone queste ultime come risultanze istruttorie delle quali occorre tener conto nella motivazione posta a fondamento del parere (art. 15).

L'istituto esprime, peraltro, anche una funzione di tipo prescrittivo, essendo previsto (art. 13) che *«nel rapporto ambientale debbono essere individuati, descritti e valutati gli impatti significativi che l'attuazione del piano o del programma proposto potrebbe avere sull'ambiente e sul patrimonio culturale, nonché le ragionevoli alternative che possono adottarsi in considerazione degli obiettivi e dell'ambito territoriale del piano o del programma stesso»*, in questo modo rivelandosi strumento non già di mero controllo, ma anche *“propulsivo e correttivo, in conformità all'atteggiamento sempre più dialogico e partecipativo dell'azione amministrativa a cui si ispira il legislatore”*.

In questa prospettiva - conclude il TAR - *“non è condivisibile supporre alcuna fungibilità tra Valutazione di Incidenza e Valutazione Ambientale Strategica”*, dovendo la norma di cui all’art. 6, primo comma, lettera b) esser letta nel senso che laddove si ritengano sussistenti i presupposti per la Valutazione di Incidenza, in considerazione di possibili impatti ricadenti sulle finalità di conservazione di siti designati come zone di protezione speciale per la conservazione degli uccelli selvatici e di quelli classificati come siti di importanza comunitaria per la protezione degli *habitat* naturali e della flora e della fauna selvatica, si deve procedere con lo strumento della Valutazione Ambientale Strategica.

La norma riconosce, in definitiva, alla *Valutazione di Incidenza* solo rilevanza quale mero presupposto della V.A.S., come - del resto - confermato anche dall’art. 10 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, che, con riferimento alla relazione tra i due subprocedimenti, stabilisce che *«la VAS e la VIA comprendono le procedure di valutazione d’incidenza di cui all’articolo 5 del decreto n. 357 del 1997; a tal fine, il rapporto ambientale, lo studio preliminare ambientale o lo studio di impatto ambientale contengono gli elementi di cui all’allegato G dello stesso decreto n. 357 del 1997 e la valutazione dell’autorità competente si estende alle finalità di conservazione proprie della valutazione d’incidenza oppure dovrà dare atto degli esiti della valutazione di incidenza»*.

3. Il “sentito” obbligatorio dell’Ente di Gestione e il potere sostitutivo della Regione.

Con la predetta sentenza il TAR ha ritenuto fondato anche il secondo motivo di ricorso, con il quale era stata contestata la violazione dell’art. 5, comma 7, del d.p.r. n. 357 del 1997, secondo cui *«la valutazione di incidenza di piani o di interventi che interessano proposti siti di importanza comunitaria, siti di importanza comunitaria e zone speciali di conservazione ricadenti, interamente o parzialmente, in un’area naturale protetta nazionale, come definita dalla legge 6 dicembre 1991, n. 394 , è effettuata sentito l’ente di gestione dell’area stessa»*.

Il TAR ha evidenziato, a tal proposito, che, nella specie, non era stata offerta prova - da parte della Regione Campania - del fatto contrario, ovvero *“della circostanza della mancata acquisizione del sentito dell’Arma dei Carabinieri e dell’Ente Riserva Foce Sele, Tanagro e Monti Eremita Marzano, interessati dal Piano approvato”*.

I giudici hanno, infine, censurato l’operato dell’amministrazione regionale sul presupposto che il suo potere di intervento in materia è di natura sostitutiva ed è esercitabile solo in presenza di una situazione di inerzia dei soggetti competenti in via principale, ossia gli organi di gestione delle aree protette nazionali e regionali, così come stabilito dall’art. 18 della legge regionale del 9 agosto 2012, n. 26, il quale, occupandosi proprio del controllo e della prevenzione dei danni da popolazioni di cinghiale in soprannumero, affida alla competenza della Giunta regionale il monitoraggio della popolazione dei cinghiali e dei relativi danni, nonché compiti di raccolta, archiviazione ed elaborazione informatica dei dati relativi.

Inoltre, secondo quanto prescritto dal secondo comma di tale disposizione, la Giunta regionale è anche competente ad adottare un provvedimento volto a fissare i criteri di prevenzione e contenimento dei danni, specificando obiettivi, modalità, durata temporale e confini spaziali, nonché le necessarie risorse finanziarie.

Il terzo e il quinto comma - precisa ancora il TAR - stabiliscono, poi, rispettivamente che, «*per i territori dove sono accertati ricorrenti danni causati da cinghiali selvatici, gli organi di gestione delle aree protette nazionali e regionali, e quelli degli ATC, devono elaborare, entro novanta giorni dal provvedimento, i programmi di prevenzione e controllo delle popolazioni di cinghiale, di concerto con le competenti strutture delle amministrazioni provinciali*» e che «*la Giunta regionale, in caso di inerzia degli enti competenti, esercita poteri sostitutivi per l'elaborazione e l'esecuzione dei programmi di prevenzione e controllo selettivo, nel rispetto della normativa di settore*».

Alla luce di tale complessa disciplina normativa la competenza della Giunta regionale ad elaborare programmi di prevenzione e controllo delle popolazioni di cinghiale assume indubbio “*carattere sostitutivo*” ed è esercitabile solo in presenza di una situazione di inerzia dei soggetti competenti in via principale, ossia gli organi di gestione delle aree protette nazionali e regionali.

Nella specie, la sussistenza di tale presupposto, quale condizione per l'esercizio del potere sostitutivo, non è stata riscontrata dal TAR nel principale provvedimento impugnato.

Ciononostante, il G.A. non ha mancato di avvertire che, a prescindere dalla sussistenza dei presupposti per l'esercizio di una funzione di pianificazione in via sostitutiva, la Regione è comunque titolare della medesima funzione in primo grado.

Tanto risulta dall'art. 22, comma 6, della legge 6 dicembre 1991 n. 394, che, nel dettare norme quadro per la disciplina delle aree naturali protette regionali, stabilisce che «*nei parchi naturali regionali e nelle riserve naturali regionali l'attività venatoria è vietata, salvo eventuali prelievi faunistici ed abbattimenti selettivi necessari per ricomporre squilibri ecologici. Detti prelievi ed abbattimenti devono avvenire in conformità al regolamento del parco o, qualora non esista, alle direttive regionali per iniziativa e sotto la diretta responsabilità e sorveglianza dell'organismo di gestione del parco e devono essere attuati dal personale da esso dipendente o da persone da esso autorizzate scelte con preferenza tra cacciatori residenti nel territorio del parco, previ opportuni corsi di formazione a cura dello stesso Ente*».

Ne discende che, in assenza di un regolamento del parco, sono previste direttive regionali, da intendersi anche come atti generali di pianificazione, volte a disciplinare prelievi ed abbattimenti al fine di ricomporre squilibri ecologici. Né tale competenza regionale risulta contraddetta dalla previsione di cui all'art. 22, quarto comma, della legge Regione Campania 1° settembre 1993 n. 33, emanata in esecuzione dell'art. 28 della legge statale 6 dicembre 1991 n. 394, secondo cui «*in tutto il Territorio del Parco valgono i divieti generali di cui all'art. 11 comma terzo della Legge 394/91.*

Eventuali deroghe possono essere concesse, secondo le prescrizioni contenute nei commi 4 e 5 dell'art. 11 della legge 394/91, dall' Ente Parco. Divieti aggiuntivi possono essere contenuti nel regolamento di ciascun Parco».

In proposito, l'art. 11, terzo comma, della legge 6 dicembre 1991, n. 394, prevede che «*salvo quanto previsto dal comma 5, nei parchi sono vietate le attività e le opere che possono compromettere la salvaguardia del paesaggio e degli ambienti naturali tutelati con particolare riguardo alla flora e alla fauna protette e ai rispettivi habitat. In particolare sono vietati: a) la cattura, l'uccisione, il danneggiamento, il disturbo delle specie animali; la raccolta e il danneggiamento delle specie vegetali, salvo nei territori in cui sono consentite le attività agro-silvo-pastorali, nonché l'introduzione di specie estranee, vegetali o animali, che possano alterare l'equilibrio naturale (...)*».

Tale disposizione, tuttavia, fa riferimento unicamente ai divieti generali e relative deroghe, ma non alla differente ipotesi speciale costituita dai «*prelievi faunistici ed abbattimenti selettivi necessari per ricomporre squilibri ecologici*», per la quale resta operante la disposizione di cui all'art. 22, comma sesto, della legge 6 dicembre 1991 n. 394, applicabile specificamente alle aree naturali protette regionali.

4. I *dicta* della Corte Costituzionale in materia: a) l'abbattimento della fauna nociva non è attività venatoria; b) la commercializzazione di "fauna selvatica morta" per sagre e manifestazioni è consentita solo se proveniente da allevamenti.

4.1. Anche se il tema, nel suo duplice aspetto, non viene affrontato dal TAR nella pronuncia in commento, appare utile evidenziare che, come ricordato dalla Corte Costituzionale con sentenza del 21 ottobre 2005, n. 392, l'articolo 19, comma 2, della legge statale n. 157 del 1992, nel disciplinare l'abbattimento di fauna nociva, prevede quanto segue.

"Le regioni per la migliore gestione del patrimonio zootecnico, per la tutela del suolo, per motivi sanitari, per la selezione biologica, per la tutela del patrimonio storico-artistico, per la tutela delle produzioni zoo-agro-forestali ed ittiche, provvedono al controllo delle specie di fauna selvatica anche nelle zone vietate alla caccia.

Tale controllo, esercitato selettivamente, viene praticato di norma mediante l'utilizzo di metodi ecologici su parere dell'Istituto nazionale per la fauna selvatica. Qualora l'Istituto verifichi l'inefficacia dei predetti metodi, le regioni possono autorizzare piani di abbattimento. Tali piani devono essere attuati dalle guardie venatorie dipendenti dalle amministrazioni provinciali. Queste ultime potranno avvalersi dei proprietari o conduttori dei fondi sui quali si attuano i piani medesimi, purché muniti di licenza per l'esercizio venatorio, nonché delle guardie forestali e delle guardie comunali munite di licenza per l'esercizio venatorio".

Dall'esame di tale disposizione si evince, dunque, che l'abbattimento della fauna nociva non può essere ricondotto all'esercizio della attività venatoria.

L'abbattimento, infatti, viene preso in considerazione solo come *extrema ratio*, ovvero dopo che i metodi ecologici non sono risultati efficaci, risultando previsto soltanto a fini di tutela dell'ecosistema.

Più esattamente, la norma in questione è dettata dall'esigenza di evitare che la tutela degli interessi (sanitari, di selezione biologica, di protezione delle produzioni zootecniche, ecc.) perseguiti con i piani di abbattimento trasmodi nella compromissione della sopravvivenza di alcune specie faunistiche ancorché nocive.

A tale scopo, la disposizione contiene un elenco tassativo di soggetti autorizzati all'esecuzione dei piani (guardie venatorie dipendenti dalle amministrazioni provinciali, proprietari o conduttori dei fondi sui quali si attuano i piani di abbattimento, guardie forestali e guardie comunali munite di licenza per l'esercizio venatorio), nel quale non sono compresi i cacciatori, come si desume, altresì, dal comma 3 del medesimo articolo 19, secondo cui le sole Province di Trento e Bolzano possono attuare i piani di abbattimento della fauna nociva anche avvalendosi di altre persone, purché munite di licenza per l'esercizio venatorio.

Per la Corte Costituzionale la previsione dell'art. 19, nella parte in cui disciplina i poteri regionali di controllo faunistico, *“costituisce un principio fondamentale della materia a norma dell'art.117 della Costituzione, tale da condizionare e vincolare la potestà legislativa regionale: non solo per la sua collocazione all'interno della legge quadro e per il rilievo generale dei criteri in esso contenuti, frutto di una valutazione del legislatore statale di idoneità e adeguatezza di tali misure rispetto alle finalità ivi indicate, del controllo faunistico; ma anche per il suo significato innovativo rispetto alla disciplina del controllo faunistico di cui alla precedente legge cornice 27 dicembre 1977, n. 968 (Principi generali e disposizioni per la protezione e la tutela della fauna e la disciplina della caccia) che all'art. 12 non precludeva la partecipazione dei cacciatori (non proprietari dei fondi interessati) alla esecuzione dei piani di abbattimento destinati al controllo selettivo e per l'inerenza della disposizione [...] a materia contemplata dalla normativa comunitaria in tema di protezione delle specie selvatiche. La rigorosa disciplina del controllo faunistico recata dall'art. 19 della legge n. 157 del 1992 è infatti strettamente connessa all'ambito di operatività della direttiva 79/409/CEE, concernente la conservazione di uccelli selvatici (sentenza n. 135 del 2001)”*.

Ne deriva che la legislazione regionale non può qualificare le Riserve di caccia come *“conduttori a fini faunistico-venatori dei fondi”*, facendo così rientrare tali Riserve - e per esse i cacciatori assegnati - tra i soggetti autorizzati all'esecuzione dei piani.

4.2. Sempre in relazione alla materia della caccia, va ancora ricordato che, secondo la costante giurisprudenza della Corte Costituzionale, da ultimo ribadita con sentenza n. 44 del 13 marzo 2019, pur rientrando la stessa nella potestà legislativa residuale delle Regioni, queste ultime nondimeno sono tenute a rispettare i criteri fissati dalla legge n. 157 del 1992 a salvaguardia dell'ambiente e dell'ecosistema.

Tale legge stabilisce il punto di equilibrio tra *«il primario obiettivo dell'adeguata salvaguardia del patrimonio faunistico nazionale»* e *«l'interesse [...] all'esercizio dell'attività venatoria»* (sentenza n. 4 del 2000); conseguentemente, i livelli di tutela fissati non sono derogabili *in peius* dalla legislazione regionale (cfr., *ex plurimis*, le sentenze n. 174, n. 139 e n. 74 del 2017).

Ha rilevato, sul punto, la Corte che l'art. 21, comma 1, lettera t), della legge n. 157 del 1992 consente la commercializzazione di fauna selvatica morta per sagre e manifestazioni solo se la stessa provenga da allevamenti.

Per il resto, in linea con altre disposizioni contenute nel medesimo comma 1 dell'art. 21, caratterizzate dalla stessa *ratio* (in tal senso le ipotesi di cui alle lettere bb, cc, ee), prevede il divieto assoluto della relativa attività: viene così anteposto l'interesse alla tutela del patrimonio faunistico, altrimenti compromesso dalle prospettive di lucro offerte dalla commercializzazione della fauna selvatica.

Un siffatto divieto costituisce un limite invalicabile per le iniziative legislative delle Regioni, pur in materie, come quella della caccia, ascritte alla loro competenza legislativa residuale.

E tale confine non superabile emerge con maggiore nettezza laddove si consideri che il legislatore statale ha dotato di peculiare pregnanza il precetto in questione, finendo per sanzionarne penalmente la relativa violazione (con l'arresto da due a sei mesi o l'ammenda da lire da euro 516 a euro 2.065 in ragione di quanto previsto dall'art. 30, comma 1, lettera l, della legge n. 157 cit.).

5. Considerazioni conclusive.

Al di là dei profili critici delle varie tematiche giuridiche originate da un non felice intreccio tra direttive comunitarie, normativa nazionale ed intervento del giudice delle leggi, quel che è certo è che il problema "*sus scrofa*" esiste e non è detto che la colpa sia solo dell'animale.

Il biologo Francesco Petretti ha dichiarato che "*la falla è rappresentata dai ripopolamenti che ancora oggi vengono fatti annualmente a ritmo di decine di migliaia di capi. Inutile pensare di risolvere il problema del sovrannumero dei cinghiali se prima non si tappa la falla, arrestando questo fiume di esemplari liberati ogni anno dalle strutture pubbliche e private per alimentare una crescente domanda venatoria*".

Secondo studi più o meno recenti, tutto avrebbe avuto inizio con l'introduzione in Italia, da parte dei cacciatori, dei grossi e prolifici cinghiali dell'Europa centrale, quindi di una razza manipolata che avrebbe, poi, contribuito a far scomparire quasi del tutto la specie autoctona (cinghiale maremmano). Si sostiene che questo fattore, che sembrerebbe marginale, è in realtà la causa principale delle tante nascite, in quanto la *Sus Scrofa*, geneticamente modificata, ha un estro maggiore e arriva ad avere nel giro di un anno anche due cucciolate. E questo di conseguenza fa sì che le disponibilità alimentari che gli animali trovavano in natura non siano oggi più sufficienti per la loro sopravvivenza.

Come confermato anche dal recente piano di gestione e controllo del cinghiale della regione Campania, impugnato, come si è visto, dal WWF *in parte qua*, sia gli eventi di danno che gli indennizzi richiesti aumentano di anno in anno.

Tra le colture danneggiate, mais, cereali e vigneti superano ormai il 60% degli eventi.

Nel triennio 2013-2015 i comuni interessati da danni da cinghiale sono stati 259 pari al 47% dei comuni campani, percentuale che sale al 60% se si escludono i comuni dove il cinghiale non è presente (aree “*non vocate*”).

Altri dati, desumibili dal suindicato piano regionale, sono utili per meglio comprendere il fenomeno. Nel corso della stagione venatoria 2016-2017 sono stati abbattuti, nel territorio campano, 9.320 cinghiali.

Il prelievo, esclusivamente in *braccata*, ha visto la partecipazione di 6.631 cacciatori organizzati in 245 squadre.

La caccia in *braccata* al cinghiale in Campania si svolge dal 1° ottobre al 31 dicembre nei giorni di giovedì e domenica, ai quali si aggiunge nel mese di ottobre il sabato.

Le aree interessate dalla caccia in *braccata* sono state 301 con una superficie totale che supera i 220.000 *ha*.

Dall’esame di questi dati può trarsi la conclusione che, se da un lato è sbagliato criminalizzare la specie, è altrettanto sbagliato sottovalutare il problema.

La sentenza del TAR traccia l’esatto percorso da seguire, anche in vista di un concreto ed equo contemperamento, “*de iure condito*”, degli interessi in gioco, non mancando di puntualizzare che la Regione resta pur sempre titolare, in primo grado, della funzione pianificatoria da esercitarsi anche attraverso l’emanazione di apposite direttive volte a disciplinare prelievi ed abbattimenti al fine di ricomporre squilibri ecologici.

Urge, dunque, che le istituzioni facciano seriamente la loro parte e che la “*specie umana*” si dia una regolata una volta per tutte, favorendo la promozione di politiche sostenibili per la gestione del fenomeno, magari di una “*smart regulation*”, come richiesto dalla Commissione europea.

Ovviamente anche i cacciatori debbono fare la loro parte.

Come ricordato da ultimo dal Consiglio di Stato, Sez. III, con sentenza del 5 luglio 2018, n. 4224, “*la normativa sulla caccia rende direttamente compartecipi i soggetti interessati ad un aspetto ludico della vita associata, ai fini della migliore gestione della risorsa costituita dalla selvaggina cacciabile, espressamente dichiarata bene indisponibile dello Stato (art. 1 l. n. 157 del 1992)*”.

Non è facile centrare gli obiettivi ma bisogna provarci, nell’ottica di una auspicata e ritrovata sinergia, prima che sia troppo tardi!

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 4526/18 R.G., proposto da: Wwf Italia Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Maurizio Balletta e Angelo Ceres, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Regione Campania, in persona del Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Vittoria De Gennaro, Anna Carbone, elettivamente domiciliati in Via S. Lucia, 81, Napoli presso l'Avvocatura Regionale;

Ispra - Istituto Superiore per la Protezione e Ricerca Ambientale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, presso cui domicilia ex lege in Napoli, via Armando Diaz, 11;

nei confronti

Ministero della Difesa Comando Legione Carabinieri Campania, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, presso cui domicilia ex lege in Napoli, via Armando Diaz, 11;
Ente Parco Regionale dei Monti Picentini, Ente Parco Regionale del Partenio, Ente Parco Regionale del Taburno-Camposauro, Ente Parco Regionale Area Vulcanica Roccamonfina-Foce Garigliano, Ente Parco Regionale del Matese, Ente Parco Regionale Monti Lattari, Ente Parco Regionale del Fiume Sarno, Ente Riserve Naturali Regionali Foce Sele-Tanagro e Monti Eremita Marzano, Arma dei Carabinieri, Quale Ente Gestore della Riserva Naturale dello Stato della Valle delle Ferriere- U.T. Biodiversità, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

A) Deliberazione della Giunta regionale della Campania n. 521 del 07.08.2018, pubblicata in BURC n. 65 del 10.9.2018;

B) Piano di gestione e controllo dei cinghiali nella Regione Campania, approvato con la deliberazione impugnata sub. a);

C) Pareri ISPRA prot. n. 49842/T-A23 del 12.10.2017 e n. 45018/T-A23 del 12.7.2018;

D) Decreto del dirigente della Regione Campania- dip. 50, dg 17, UOD 92 Staff Valutazioni Ambientali, recante valutazione di incidenza di piano impugnato sub a), pubblicato in BURC n. 67 del 17.9.2018;

E) Allegato 1-B, punto 2.02 delle norme di salvaguardia dei Parchi regionali dei Monti Picentini, Partenio, Taburno-Camposauro, Roccamonfina-Foce Garigliano, Matese, Fiume Sarno, approvate con deliberazioni della Giunta Regionale della Campania nn. 1404, 1405, 1406, 1407 del 12.4.2002, nn 1541 e 1543 del 24.4.2003, n. 2211 del 27.6.2003, e, quanto al Parco ei Monti Lattari, punto B dell'Allegato alla deliberazione della Giunta regionale n. 2227 del 26.9.2003, nella parte in cui prevedono che “Al di fuori dell'area di riserva integrale (zona A), ai fini del mantenimento dell'equilibrio faunistico, si possono prevedere eventuali prelievi faunistici, eventuali abbattimenti selettivi che, fino all'approvazione del Piano del Parco, sono autorizzati dall'Ente Parco e sono affidati alle Amministrazioni Provinciali competenti per territorio”, atti tutti pubblicati in BURC Numero Speciale del 27.5.2004;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Campania, del Ministero della Difesa Comando Legione Carabinieri Campania e di Ispra - Istituto Superiore per la Protezione e Ricerca Ambientale;

Visti tutti gli atti della causa;

Data per letta nell'udienza pubblica del 6 marzo 2019 la relazione del consigliere Paolo Corciulo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il WWF ha impugnato innanzi a questo Tribunale, con proposizione di contestuale domanda cautelare, la DGRC n. 521 del 7 agosto 2018, pubblicata in BURC n. 65 del 10 settembre 2018 recante l'approvazione del Piano di gestione e controllo dei cinghiali nella Regione Campania, nonché i pareri ISPRA prot. n. 49842/T-A23 del 12 ottobre 2017 e n. 45018/T-A23 del 12 luglio 2018; oggetto di impugnazione è stato anche il decreto del dirigente della Regione Campania- dip. 50, dg 17, UOD 92 Staff Valutazioni Ambientali, contenente la valutazione di incidenza del piano; in particolare, è stato contestato l'allegato 1-B, punto 2.02 delle norme di salvaguardia dei Parchi regionali dei Monti Picentini, Partenio, Taburno-Camposauro, Roccamonfina-Foce Garigliano, Matese, Fiume Sarno, approvate con deliberazioni della Giunta Regionale della Campania nn. 1404, 1405, 1406, 1407 del 12.4.2002, nn 1541 e 1543 del 24.4.2003, n. 2211 del 27 giugno 2003, e, quanto al Parco dei Monti

Lattari, il punto B dell'Allegato alla deliberazione della Giunta regionale n. 2227 del 26.9.2003, nella parte in cui si prevede che "Al di fuori dell'area di riserva integrale (zona A), ai fini del mantenimento dell'equilibrio faunistico, si possono prevedere eventuali prelievi faunistici, eventuali abbattimenti selettivi che, fino all'approvazione del Piano del Parco, sono autorizzati dall'Ente Parco e sono affidati alle Amministrazioni Provinciali competenti per territorio".

L'associazione ricorrente ha circoscritto il proprio interesse ambientale all'impugnazione delle sole parti in cui i provvedimenti gravati prevedono interventi di controllo della popolazione di cinghiale ed è approvato il piano di prelievo in controllo per il primo anno nelle aree protette statali e regionali interessate, nelle oasi di protezione della fauna, nei parchi urbani e nelle aziende faunistico-venatorie.

Con il primo motivo si deduce la violazione dell'art 6, comma 2, lett. b) del D.Lgs. N. 152/06, dal momento che l'approvazione degli atti impugnati non sarebbe stata preceduta dal procedimento di valutazione ambientale strategica (VAS), comportante, tra l'altro, anche l'informazione e la partecipazione mediante consultazione del pubblico interessato, tra cui le associazioni di protezione ambientale; l'attivazione del preventivo procedimento ambientale, tra l'altro previsto per tutti i piani e programmi, sarebbe stato ancor più necessario nel caso di specie, essendosi in presenza di interventi soggetti a valutazione di incidenza (VI).

Con il secondo motivo è contestata la violazione dell'art. 7, quinto comma del D.P.R. n. 357/97, essendo mancata l'acquisizione del "sentito" degli enti di gestione delle aree naturali protette interessate circa la valutazione di incidenza del piano impugnato; in particolare, si tratterebbe degli Enti Parco regionali dei Monti Picentini, Partenio, Taburno-Camposauro, Roccamonfina- Foce Garigliano, Matese, Monti Lattari, Fiume Sarno, ente gestione Riserva Naturale Regionale Monti Eremita Marzano e Arma dei Carabinieri, quale ente di gestione della Riserva Naturale dello Stato della Valle delle Ferriere, compresa nel Sito di interesse comunitario IT8030008.

Con il terzo motivo, relativamente alle aree naturali protette, vi sarebbe violazione dell'art. 18, terzo comma della legge Regione Campania n. 26/2012, che, con riferimento al "controllo e prevenzione dei danni da popolazioni di cinghiale in soprannumero", affida il potere di pianificazione e programmazione ai singoli enti di gestione, statali o regionali, e non anche alla Regione, tale vizio determinando la parziale nullità degli atti impugnati per difetto assoluto di attribuzione.

Con il quarto motivo, limitatamente alla Riserva Naturale dello Stato della Valle delle Ferriere, parte ricorrente lamenta l'illegittimità dei provvedimenti impugnati e solleva questione di legittimità costituzionale della presupposta disposizione dell'art. 18, comma terzo della Legge Regione

Campania n. 26/2012, nella parte in cui stabilisce che «per i territori dove sono accertati ricorrenti danni causati da cinghiali selvatici, gli organi di gestione delle aree protette nazionali e regionali» devono approvare programmi di prevenzione e controllo delle popolazioni di cinghiale»; a giudizio della ricorrente, vi sarebbe contrasto con l'art. 117, secondo comma, lettera s) della Costituzione, «nella parte in cui disciplina la competenza degli organi della riserva naturale statale, attribuendo loro il compito di elaborare programmi di prevenzione e controllo delle popolazioni di cinghiale, nonché con la L. 394/91 che attribuisce le funzioni amministrative relative alle aree naturali protette statali ad enti statali».

Con il quinto motivo è impugnata la previsione del Piano impugnato che, nelle aree naturali c.d aree a controllo, tra le quali figurano le aree naturali protette regionali, oltre alla Riserva Naturale dello Stato Valle delle Ferriere, per il primo anno di attuazione direttamente approvato, prevede che «si interverrà, previa attuazione di misure ecologiche di prevenzione, con prelievi/abbattimenti selettivi in controllo (Selezione con arma rigata e ottica di mira/catture/girata), autorizzati dall'Ente Parco per i Parchi Regionali e dalla Regione per gli altri Istituti, effettuati o almeno coordinati dal Personale di Vigilanza dell'Ente Parco (Aree protette previste dalla L.N. 394/91) o dalla Polizia provinciale negli Istituti indicati dalla L. 157/92. Allo stesso tempo gli interventi potranno essere effettuati da Coadiutori al controllo del cinghiale iscritti all'albo regionale e autorizzati nominalmente dall'Ente Parco. Il prelievo selettivo avverrà in aree di caccia individuate dall'Ente Gestore e assegnate nominalmente ad uno o più cacciatori». Tale previsione urterebbe con l'art. 11, comma 3, lett. a) della legge statale n. 394/91 che vieta la cattura, l'uccisione il danneggiamento, il disturbo delle specie animali; inoltre, deroghe al divieto, ai sensi del quarto comma della disposizione citata, potrebbero essere previste solo dall'ente di gestione del Parco o della Riserva ed unicamente con il Regolamento, atto, che non risulta approvato per nessuna delle aree protette interessate contemplate dai provvedimenti impugnati. Aggiunge parte ricorrente che la normativa statale sarebbe applicabile alle aree naturali protette regionali, anche perché integralmente richiamata sia dall'art. 22, comma 4, della Legge Regione Campania n. 33/93, sia dai decreti istitutivi delle aree naturali protette regionali per cui è giudizio; mancherebbe, poi, ogni riferimento, anche dal punto di vista istruttorio, all'eventuale sussistenza di squilibri ecologici, presupposto dell'unica forma di prelievo ammessa nelle aree naturali protette dal citato art. 11, comma 4, L. 394/91. La violazione della normativa statale de qua riguarderebbe anche le misure di salvaguardia dei singoli Parchi e Riserve nella parte in cui dispongono che al di fuori dell'area di riserva integrale (zona A), ai fini del mantenimento dell'equilibrio faunistico, possono essere previsti prelievi faunistici, eventuali abbattimenti selettivi, previa autorizzazione dell'Ente Parco fino all'approvazione del Piano del Parco.

Con il sesto motivo parte ricorrente deduce l'illegittimità delle previsioni del Piano impugnato che nelle residue aree di divieto di caccia esterne alle aree naturali protette, segnatamente nelle Aziende

Faunistiche Venatorie, Foreste demaniali non comprese in altre aree protette, Oasi di Protezione e parchi urbani, affidano gli altri interventi di controllo del cinghiale a cacciatori, anche non proprietari o conduttori dei fondi agricoli interessati, e non solo in ausilio agli agenti pubblici competenti. Tale previsione sarebbe in contrasto con l'art. 19 della legge statale n. 157/92 che, in modo tassativo secondo consolidata giurisprudenza, vieta ai cacciatori di prendere parte all'esecuzione di attività di controllo della fauna, se non in ausilio ai competenti agenti pubblici ed a condizione che costoro siano anche proprietari o conduttori dei fondi interessati dai piani. La medesima violazione, questa volta in termini di illegittimità costituzionale per contrasto anche in questo caso con l'art. 117, secondo comma lettera s) della Costituzione, riguarderebbe l'art. 18, comma 4 e l'art. 16 comma 2 della legge Regione Campania n. 26/2012 che, rispettivamente, estendono la possibilità di eseguire gli interventi di controllo programmati sulla popolazione di cinghiali a "esperti" formati mediante corsi e, genericamente, ad «altre persone, purché tutti muniti di licenza per l'esercizio venatorio, nonché delle guardie forestali, delle guardie comunali e delle guardie venatorie volontarie delle associazioni, tutti muniti di licenza per l'esercizio venatorio».

Con il settimo motivo si deduce che i provvedimenti impugnati, compresi i pareri ISPRA, sarebbero illegittimi perché si sarebbe approvato per il primo anno il Piano di prelievo in controllo, in assenza del preventivo accertamento da parte dell'Istituto in ordine al preventivo inutile esperimento di efficaci metodi ecologici, ai sensi dell'art. 19, comma 2 della legge statale n. 157/92, che per giurisprudenza consolidata costituirebbe standard minimo uniforme di tutela ambientale. La medesima violazione, sotto il profilo anche questa volta dell'art. 117, secondo comma lettera s) della Costituzione, riguarderebbe l'art. 18, comma 3, della legge Regione Campania n. 26/2012, nella parte in cui dispone che «I programmi, sottoposti all'approvazione dell'ISPRA, definiscono tra l'altro gli interventi da attivare applicando i metodi indicati dall'Istituto, sia indiretti sia diretti, specificando i dettagli quali-quantitativi», nella parte in cui non impone, a livello di normazione regionale, la necessità di accertare l'inefficacia di metodi ecologici preventivamente sperimentati quale standard minimo uniforme di tutela ambientale.

Con l'ultimo motivo si lamenta la violazione dell'art. 19, comma 2 della legge statale n. 157/92 che consente interventi di controllo della fauna per la migliore gestione del patrimonio zootecnico, per la tutela del suolo, per motivi sanitari, per la selezione biologica, per la tutela del patrimonio storico-artistico, per la tutela delle produzioni zoo-agroforestali ed ittiche, finalità nessuna delle quali sarebbe stata posta a fondamento dell'approvazione degli atti impugnati; in tal senso, è sollevata un'ulteriore questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, secondo comma lettera s) della Costituzione dell'art. 18 della legge Regione Campania n. 26 del 2012 che avrebbe introdotto un'innovativa e speciale disciplina del controllo e prevenzione dei danni da popolazioni di cinghiale in soprannumero, non prevista dalla legislazione esclusiva statale.

Si sono costituiti in giudizio la Regione Campania, lo I.S.P.R.A. Istituto Superiore per la Protezione e Ricerca Ambientale ed il Ministero della Difesa Comando - Legione Carabinieri Campania, concludendo per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare.

Alla camera di consiglio del 19 dicembre 2018 con ordinanza n. 1914 è stata respinta la domanda cautelare.

All'udienza pubblica del 6 marzo 2019, in vista della quale parte ricorrente, ha depositato una memoria, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

Con riferimento al primo motivo di impugnazione l'art. 6 del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, stabilisce, ai commi primo e secondo, che «1. La valutazione ambientale strategica riguarda i piani e i programmi che possono avere impatti significativi sull'ambiente e sul patrimonio culturale. 2. Fatto salvo quanto disposto al comma 3, viene effettuata una valutazione per tutti i piani e i programmi: a) che sono elaborati per la valutazione e gestione della qualità dell'aria ambiente, per i settori agricolo, forestale, della pesca, energetico, industriale, dei trasporti, della gestione dei rifiuti e delle acque, delle telecomunicazioni, turistico, della pianificazione territoriale o della destinazione dei suoli, e che definiscono il quadro di riferimento per l'approvazione, l'autorizzazione, l'area di localizzazione o comunque la realizzazione dei progetti elencati negli allegati II, II-bis, III e IV del presente decreto; b) per i quali, in considerazione dei possibili impatti sulle finalità di conservazione dei siti designati come zone di protezione speciale per la conservazione degli uccelli selvatici e quelli classificati come siti di importanza comunitaria per la protezione degli habitat naturali e della flora e della fauna selvatica, si ritiene necessaria una valutazione d'incidenza ai sensi dell'articolo 5 del decreto del Presidente della Repubblica 8 settembre 1997, n. 357, e successive modificazioni».

Dalla lettura delle norme citate emerge l'obbligo di far precedere all'approvazione di strumenti di pianificazione come quello oggetto della presente impugnativa dalla valutazione ambientale strategica. In proposito, il primo comma detta una prescrizione di carattere generale, a fondamento della quale è posto il requisito di un significativo impatto ambientale, come acclarato nel medesimo provvedimento di approvazione qui impugnato, ove vi è esplicito riferimento alla rappresentazione della necessità «di risolvere i problemi di conflitto causati dalla specie nel territorio regionale, in special modo nei confronti dell'agricoltura, dell'ambiente e delle attività umane di ragioni di urgenza connesse alla situazione di pericolo che la specie». Al riguardo, non sposta i termini della questione quanto opinato nella difesa della Regione Campania, secondo cui la fase di approvazione sarebbe stata preceduta, conformemente all'art. 6, secondo comma, lettera b) del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152

dalle valutazioni strategiche opportunamente richieste, a tal fine operando riferimento al parere favorevole per la Valutazione di Incidenza al Piano Triennale approvato. Osserva il Collegio che tale norma non pone alcun rapporto di equivalenza o di sostituibilità tra Valutazione di Incidenza e Valutazione Ambientale Strategica, fase ritenuta mancante nel procedimento amministrativo oggetto di scrutinio.

Difatti, l'art. 5 del Decreto del Presidente della Repubblica del 8 settembre 1997 n. 35, con riferimento alla Valutazione di Incidenza, nel prevedere, al primo comma, che «nella pianificazione e programmazione territoriale si deve tenere conto della valenza naturalistico-ambientale dei proposti siti di importanza comunitaria, dei siti di importanza comunitaria e delle zone speciali di conservazione», ai commi secondo e terzo pone quale funzione dello strumento l'individuazione e la valutazione degli «effetti che il piano può avere sul sito, tenuto conto degli obiettivi di conservazione del medesimo»: se ne inferisce che la Valutazione di Incidenza pone a fondamento di esigenze di protezione ambientale finalità di tipo conservativo dello stato dei luoghi rispetto ad effetti modificativi che un nuovo strumento di programmazione o pianificazione potrebbe comportare.

Ben diverse e più ampie sono le finalità e l'ambito di operatività della Valutazione Ambientale Strategica che, oltre a presentare un'articolazione procedimentale pluristrutturata, assicurando forme di partecipazione diffusa attraverso l'espletamento di consultazioni precedute e rese possibili da un ampio regime di pubblicità (art.14 del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152), pone le stesse come risultanze istruttorie da tenere conto nella motivazione posta a fondamento del parere (art. 15); va aggiunto che l'istituto esprime anche una funzione di tipo prescrittivo – e non solo di verifica di incidenza – laddove l'art. 13 stabilisce che «nel rapporto ambientale debbono essere individuati, descritti e valutati gli impatti significativi che l'attuazione del piano o del programma proposto potrebbe avere sull'ambiente e sul patrimonio culturale, nonché le ragionevoli alternative che possono adottarsi in considerazione degli obiettivi e dell'ambito territoriale del piano o del programma stesso», in questo modo rivelandosi strumento non già di mero controllo, ma anche propulsivo e correttivo, in conformità all'atteggiamento sempre più dialogico e partecipativo dell'azione amministrativa a cui si ispira il legislatore.

In questa prospettiva non è condivisibile supporre alcuna fungibilità tra Valutazione di Incidenza e Valutazione Ambientale Strategica, dovendo la norma di cui all'art. 6, primo comma, lettera b) esser letta nel senso che laddove si ritengano sussistenti i presupposti per la Valutazione di Incidenza, in considerazione di possibili impatti ricadenti sulle finalità di conservazione di siti designati come zone di protezione speciale per la conservazione degli uccelli selvatici e quelli classificati come siti di importanza comunitaria per la protezione degli habitat naturali e della flora e della fauna selvatica, si deve procedere con lo strumento della Valutazione Ambientale Strategica; in altri termini, la norma

riconosce alla Valutazione di Incidenza solo rilevanza come mero presupposto, imponendo il ricorso alla V.A.S. nella quale la Valutazione di Incidenza finisce per essere compresa; del resto, di tale assetto vi è espressa conferma nella disposizione di cui all'art. 10 del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 che, con riferimento alla relazione tra i due subprocedimenti stabilisce che «La VAS e la VIA comprendono le procedure di valutazione d'incidenza di cui all'articolo 5 del decreto n. 357 del 1997; a tal fine, il rapporto ambientale, lo studio preliminare ambientale o lo studio di impatto ambientale contengono gli elementi di cui all'allegato G dello stesso decreto n. 357 del 1997 e la valutazione dell'autorità competente si estende alle finalità di conservazione proprie della valutazione d'incidenza oppure dovrà dare atto degli esiti della valutazione di incidenza. Le modalità di informazione del pubblico danno specifica evidenza della integrazione procedurale». In conclusione, l'impugnata deliberazione di approvazione del Piano è illegittima per mancanza della procedura di Valutazione Ambientale Strategica, vizio in alcun modo eludibile alla luce di quanto previsto dall'art. 11 del d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 che nel rappresentare che «la VAS costituisce per i piani e programmi a cui si applicano le disposizioni del presente decreto, parte integrante del procedimento di adozione ed approvazione», espressamente stabilisce che «i provvedimenti amministrativi di approvazione adottati senza la previa valutazione ambientale strategica, ove prescritta, sono annullabili per violazione di legge».

Con riferimento al secondo motivo di ricorso, in cui, più esattamente, è stata contestata la violazione dell'art.5, comma settimo del d.p.r. n. 357 del 1997, secondo cui «la valutazione di incidenza di piani o di interventi che interessano proposti siti di importanza comunitaria, siti di importanza comunitaria e zone speciali di conservazione ricadenti, interamente o parzialmente, in un'area naturale protetta nazionale, come definita dalla legge 6 dicembre 1991, n. 394, è effettuata sentito l'ente di gestione dell'area stessa», la censura è meritevole di accoglimento, nei limiti in cui è rimasta incontestata – e, comunque, non è stata offerta prova del fatto contrario – da parte della Regione Campania la circostanza della mancata acquisizione del sentito dell'Arma dei Carabinieri e dell'Ente Riserva Foce Sele, Tanagro e Monti Eremita Marzano, interessati dal Piano approvato.

Deve ritenersi fondato anche il terzo motivo di ricorso, sebbene non per ragioni di difetto assoluto di attribuzione ai sensi dell'art. 21 septies della legge 7 agosto 1990 n. 241, come prospettato dalla associazione ricorrente.

In proposito, l'art. 18 della Legge Regione Campania 9 agosto 2012 n. 26, con riferimento al controllo e prevenzione dei danni da popolazioni di cinghiale in soprannumero, affida alla competenza della Giunta regionale il monitoraggio della popolazione dei cinghiali in soprannumero e dei relativi danni, nonché compiti di raccolta, archiviazione ed elaborazione informatica dei dati relativi; inoltre, secondo quanto prescritto dal secondo comma, la Giunta regionale è competente ad adottare un

provvedimento volto a fissare i criteri di prevenzione e contenimento dei danni, specificando obiettivi, modalità, durata temporale e confini spaziali, nonché le necessarie risorse finanziarie. Il terzo comma stabilisce che «per i territori dove sono accertati ricorrenti danni causati da cinghiali selvatici, gli organi di gestione delle aree protette nazionali e regionali, e quelli degli ATC, devono elaborare, entro novanta giorni dal provvedimento, i programmi di prevenzione e controllo delle popolazioni di cinghiale, di concerto con le competenti strutture delle amministrazioni provinciali»; ed il quinto comma stabilisce che «la Giunta regionale, in caso di inerzia degli enti competenti, esercita poteri sostitutivi per l'elaborazione e l'esecuzione dei programmi di prevenzione e controllo selettivo, nel rispetto della normativa di settore». Alla luce di tale disciplina normativa la competenza della Giunta regionale ad elaborare programmi di prevenzione e controllo delle popolazioni di cinghiale assume carattere sostitutivo ed è esercitabile solo in presenza di una situazione di inerzia dei soggetti competenti in via principale, ossia gli organi di gestione delle aree protette nazionali e regionali. La sussistenza di tale presupposto, quale condizione per l'esercizio del potere sostitutivo, avrebbe dovuto costituire oggetto di puntuale accertamento e motivazione, invece non riscontrabile nel provvedimento di Giunta impugnato; né, come osservato, dalla difesa della associazione ricorrente è ammissibile che di tale fondamentale aspetto possa darsi contezza in giudizio attraverso scritti difensivi, come illustrato nella memoria della difesa regionale, ciò costituendo un inammissibile violazione del divieto di integrazione postuma della motivazione; va comunque evidenziato che non già di acclarato difetto assoluto di attribuzione può trattarsi, quindi di un vizio di nullità, quanto di un profilo di insufficiente motivazione, ragione di annullabilità del provvedimento.

Va aggiunto che, a prescindere dalla sussistenza dei presupposti per l'esercizio di una funzione di pianificazione in via sostitutiva, la Regione è comunque titolare di tali funzioni in primo grado. Tanto risulta dall'art. 22, comma sesto della legge 6 dicembre 1991 n. 394, che, nel dettare norme quadro per la disciplina delle aree naturali protette regionali, stabilisce che «nei parchi naturali regionali e nelle riserve naturali regionali l'attività venatoria è vietata, salvo eventuali prelievi faunistici ed abbattimenti selettivi necessari per ricomporre squilibri ecologici. Detti prelievi ed abbattimenti devono avvenire in conformità al regolamento del parco o, qualora non esista, alle direttive regionali per iniziativa e sotto la diretta responsabilità e sorveglianza dell'organismo di gestione del parco e devono essere attuati dal personale da esso dipendente o da persone da esso autorizzate scelte con preferenza tra cacciatori residenti nel territorio del parco, previ opportuni corsi di formazione a cura dello stesso Ente». Ne discende che in assenza di un regolamento del parco, sono previste direttive regionali, da intendersi anche come atti generali di pianificazione, a disciplinare prelievi ed abbattimenti al fine di ricomporre squilibri ecologici. Né tale competenza regionale risulta contraddetta dalla previsione di cui all'art. 22, quarto comma della legge Regione Campania 1° settembre 1993 n. 33, emanata in esecuzione dell'art. 28 della legge statale 6 dicembre

1991 n. 394, secondo cui «in tutto il Territorio del Parco valgono i divieti generali di cui all'art. 11 comma terzo della Legge 394/91. Eventuali deroghe possono essere concesse, secondo le prescrizioni contenute nei commi 4 e 5 dell'art. 11 della Legge 394/ 91, dall' Ente Parco. Divieti aggiuntivi possono essere contenuti nel regolamento di ciascun Parco»; in proposito, l'art.11, terzo comma della legge 6 dicembre 1994 n. 349 prevede che «salvo quanto previsto dal comma 5, nei parchi sono vietate le attività e le opere che possono compromettere la salvaguardia del paesaggio e degli ambienti naturali tutelati con particolare riguardo alla flora e alla fauna protette e ai rispettivi habitat. In particolare sono vietati: a) la cattura, l'uccisione, il danneggiamento, il disturbo delle specie animali; la raccolta e il danneggiamento delle specie vegetali, salvo nei territori in cui sono consentite le attività agro-silvo-pastorali, nonché l'introduzione di specie estranee, vegetali o animali, che possano alterare l'equilibrio naturale;(...)». Il quarto comma stabilisce altresì che «Il regolamento del parco stabilisce altresì le eventuali deroghe ai divieti di cui al comma 3. Per quanto riguarda la lettera a) del medesimo comma 3, esso prevede eventuali prelievi faunistici ed eventuali abbattimenti selettivi, necessari per ricomporre squilibri ecologici accertati dall'Ente parco (...)». Osserva il Collegio che occorre tendere ben distinte, già nella disciplina statale di rinvio, le fattispecie afferenti a «la cattura, l'uccisione, il danneggiamento, il disturbo delle specie animali» e relative deroghe dai «prelievi faunistici ed abbattimenti selettivi necessari per ricomporre squilibri ecologici», trattandosi in quest' ultimo caso di attività specificamente funzionali al perseguimento di obiettivi di tutela ambientale; ebbene, il richiamo all'art. 11 fa riferimento unicamente ai divieti generali e relative deroghe, ma non alla differente ipotesi speciale costituita dai «prelievi faunistici ed abbattimenti selettivi necessari per ricomporre squilibri ecologici», per la quale resta operante la disposizione di cui all'art. dall'art. 22, comma sesto della legge 6 dicembre 1991 n. 394, applicabile specificamente alle aree naturali protette regionali.

Dalle considerazioni che precedono deriva anche il rigetto del quinto motivo di impugnazione, nella parte in cui si assume violato dalla disposizioni del Piano l'art. 11 della legge 6 dicembre 1994 n. 349; né è fondata l'ulteriore argomentazione addotta afferente alla assenza di ogni riferimento all'eventuale sussistenza di squilibri ecologici, atteso che, in disparte ogni questione sull'assolvimento corretto di tale esigenza istruttoria, nel provvedimento impugnato le misure di controllo sono espressamente giustificate in considerazione «delle ripetute sollecitazioni ad intervenite con urgenti provvedimenti di competenza regionale atti a fronteggiare la gravissima situazione dei danni arrecati alle colture agricole sull'intero territorio regionale da parte dei cinghiali», nonché in ragione degli «orientamenti e le indicazioni tecnico scientifiche forniti dall'istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA) che univocamente indicano il cinghiale tra le specie faunistiche emergenti in gradi di provocare ingenti danni alle colture agricole, oltre che influire negativamente sugli incrementi riproduttivi di diverse specie faunistiche e che individuano nelle azioni di controllo utili interventi per il contenimento delle popolazioni e la

riduzione degli impatti sulle biocenosi naturali e sull'agrosistema» ed ancora per la necessità di dare applicazione agli interventi di controllo sulla specie cinghiale (sus scrofa) allo scopo di risolvere i problemi di conflitto causati dalle specie nel territorio regionale, in special modo nei confronti dell'agricoltura, dell'ambiente e delle attività umane».

Deve invece ritenersi inammissibile per carenza di interesse il quarto motivo di impugnazione, con consequenziale irrilevanza della questione di legittimità costituzionale prospettata, atteso che oggetto di giudiziale contestazione è un provvedimento di pianificazione adottato dalla Giunta regionale, senza alcuna implicazione anche di poteri di approvazione di programmi di prevenzione e controllo delle popolazioni di cinghiale che l'art. 18, terzo comma della legge Regione Campania 9 agosto 2012 n. 26 affida alla competenza degli organi di gestione delle aree protette nazionali; d'altronde, il provvedimento impugnato non costituisce fonte del diritto e come tale sarebbe comunque inidoneo a conferire o sottrarre ad autorità pubbliche poteri e funzioni autoritative, anche di programmazione, ciò ponendosi con il principio costituzionale di riserva di legge di cui all'art. 97 della Costituzione.

Con riferimento ai motivi sesto, settimo ed ottavo di ricorso, con cui sono state sollevate, per varie ragioni, questioni di legittimità costituzionale degli artt. 18 e 16 della Legge Regione Campania 9 agosto 2012 n. 26 per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera s) della Costituzione, rileva il Collegio che le medesime non assumono carattere di rilevanza ai fini della decisione della presente controversia, tanto in ragione del carattere logicamente pregiudiziale che hanno rivestito le questioni afferenti all'osservanza delle norme sul procedimento e alla sussistenza del potere pianificatorio in capo alla Regione Campania in subjecta materia che ne impongono all'amministrazione la rinnovazione e quindi il riesercizio del potere pianificatorio anche sulle criticità denunciate con le ultime tre censure.

Inconsiderazione della particolarità della controversia, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese processuali, ad eccezione dell'importo del contributo unificato versato che sarà rimborsato all'Associazione ricorrente da parte della Regione Campania, in favore del procuratore dichiaratosi antistatario.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e limiti di cui in motivazione e per effetto annulla la deliberazione di Giunta regionale della Campania n. 521 del 7 agosto 2018; dichiara inammissibile il quarto motivo di impugnazione e non rilevanti le questioni di legittimità costituzionale sollevate da parte ricorrente. Spese compensate, con obbligo di rimborso

del contributo unificato versato all'associazione ricorrente da parte della Regione Campania in favore del procuratore dichiaratosi antistatario.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Paolo Corciulo, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Primo Referendario