

Fascicolo **2** | 2017

RIVISTA DELLA

Regolazione dei mercati

Il mercato senza regolazione genera mostri





INDICE

Editoriale
di *Giuseppe Pericu* 227

SAGGI

Regolazione dei mercati, tutela dell'affidamento e indipendenza della politica. Riflessioni a partire dai lavori di Nicola Bassi
di *Eugenio Bruti Liberati* 230

Il mutuo riconoscimento negli scritti di Nicola Bassi
di *Luca De Lucia* 239

Gli accordi amministrativi nella produzione scientifica di Nicola Bassi
di *Fabrizio Fracchia* 248

Nicola Bassi e il diritto globale
di *Diana-Urania Galetta* 257

Ricordando Nicola Bassi nella sua ricerca della legalità in difficile coabitazione con i poteri impliciti
di *Giuseppe Morbidelli* 263

I contratti pubblici
di *Massimo Occhiena* 275

Il collezionista e lo storico. Uno scritto inedito di Nicola Bassi sull'evoluzione del diritto dell'energia
di *Bruno Tonoletti* 294

Riflessioni sul pensiero scientifico di Nicola Bassi: la giustizia amministrativa
di *Aldo Travi* 314

Nicola Bassi (conclusioni)
di *Guido Greco* 326

Rivista della
Regolazione dei mercati
Fascicolo 2 | 2017

Rivista registrata presso
il Tribunale di Torino
aut. n. 31 del 25 ottobre 2013

Direttori

Eugenio Bruti Liberati,
Filippo Donati
direttore responsabile

Comitato direttivo

L. Ammannati, (N. Bassi †),
M. Clarich, D. de Pretis, U. Filotto,
F. Ghezzi, M. Giovannini,
P. Giudici, B. Marchetti, A. Pericu, M.
Ramajoli, C. Scarpa,
F. Scarpelli, B. Tonoletti

Comitato scientifico

A. Albanese, A. Alemanno,
C. Barbati, P. Biandrino, A. Boitani,
M. Cammelli, F. Cassella,
S. Cassese, R. Cavallo Perin,
G. Della Cananea, G. De Nova,
E. Ferrari, G. F. Ferrari, N. Irti,
M. Libertini, M. Maresca, G. Morbidelli,
M. Orlandi, G. Pericu, A. Police,
G. M. Racca, M. Renna,
M.A. Sandulli, F. Sclafani,
M. Thatcher, L. Torchia, A. Travi

Comitato di redazione

A. Candido, Nicola Dessi, V. Giofrè, S.
Lucattini, A. Marra (coordinamento)

Progetto grafico e impaginazione

mv comunicazione architetti associati



EDITORIALE

Editoriale

di Giuseppe Pericu

Ho l'onore di dare inizio alla giornata di studi dedicata a Nicola Bassi, ai suoi contributi scientifici, alla sua figura di studioso.

Il mio è un compito difficile, contraddittorio. Contrassegnato dal rimpianto, dal dolore perché Nicola non è più fisicamente tra noi: è un'assenza ingiusta. Ma motivato dalla necessità per il mondo del diritto di dare testimonianza della sua personalità di giurista e dei risultati ottenuti dalle sue ricerche. Prospettiva che fa ulteriormente aumentare il rimpianto per uno studioso che, nel breve tempo in cui è vissuto, aveva già dato grande prova delle sue capacità di analisi e di ricostruzione.

Le grandi capacità di indagine scientifica di Nicola sono del tutto evidenti. Si muoveva con agilità e intelligenza in contesti normativi complessi; non esitava ad affrontare tematiche di teoria generale; dedicava la dovuta attenzione alla prassi operativa delle pubbliche amministrazioni e dei privati; era molto attento alla produzione scientifica e nel contempo situava correttamente l'analisi della giurisprudenza nel quadro dell'evoluzione del diritto; i suoi percorsi logici erano di un rigore matematico.

Le sue indubbie doti gli hanno consentito di affrontare con padronanza tematiche assai diverse.

Il compito di uno studioso e di un operatore del diritto nel nostro settore – il diritto amministrativo – è oggi non facile. Sono in atto profonde modificazioni, non ancora consolidate, che hanno inciso sull'organizzazione e sull'attività delle pubbliche amministrazioni. È un travaglio che ha lontane origini, che è venuto mano a mano sviluppandosi non in termini lineari, ma con molte contraddizioni.

Il ruolo normativo della Comunità europea, i plurimi interventi legislativi hanno determinato un'alterazione della tradizionale prospettiva del rapporto pubblico-privato in termini di contrapposizione tra potere e libertà (formule che al solo pronunciarle paiono oggi obsolete) verso un non ben definito spazio di collaborazione nel perseguimento di pubblici interessi. Il contesto in cui operiamo è ulteriormente complicato dal permanere di un riparto giurisdizionale – a mio giudizio – non adeguato alle esigenze sopravvenute.

Vi sono sicuramente i presupposti per un ripensamento delle strutture portanti della nostra disciplina. Le grandi "cattedrali" cui per lungo tempo abbiamo fatto riferimento sono costantemente messe in discussione. Il panorama in oggi è un insieme di esperienze particolari che sono di volta in volta razionalizzate in sé stesse, senza che possano essere inserite in un quadro unitario e organico applicabile – se non a tutti – alla più parte dei soggetti che perseguono interessi che possiamo definire pubblici.

Non sono mancate voci che hanno parlato di fine del diritto amministrativo, facendo – ovviamente – riferimento alla crisi di istituti che costituiscono gli architravi delle nostre trattazioni sistematiche; non certamente alla insopprimibi-

le esigenze di proseguire e ampliare gli studi sulle pubbliche amministrazioni che, quale che sia la veste giuridica che rivestono, mantengono inalterata una loro peculiarità ontologica che le differenzia da qualsiasi altra forma di organizzazione. Non deve prevalere un senso di disorientamento o di rinuncia all'analisi dei nuovi fenomeni; è invece necessario ricercare una loro ricostruzione interpretativa che ne consenta la più efficace attuazione.

La produzione scientifica di Nicola Bassi si situa pienamente in questa fase di complessa e tormentata evoluzione del diritto amministrativo. Si muove tuttavia in una prospettiva che non è meramente descrittiva e che non rinuncia a proporre l'individuazione di categorie giuridiche. La sua ricerca tende a ritrovare nella varietà delle esperienze concrete l'elemento unificante che legittima la ricostruzione di un concetto unitario idoneo a definire regole giuridiche comuni al di là della frammentaria disciplina che il legislatore di volta in volta dispone.

I saggi che seguiranno esamineranno in profondità i numerosi contributi scientifici pubblicati da Nicola in settori molto diversi del diritto amministrativo. Mi sia consentito di soffermarmi, molto brevemente, su due monografie che mi sembra testimonino al meglio la sua capacità di affrontare tematiche nuove impiegando metodologie di analisi in sintonia con la nostra tradizione giuridica.

Il primo lavoro è quello sui poteri impliciti, fenomeno che si confronta necessariamente con il principio di legalità. È del tutto ovvio ricordare la varietà della produzione scientifica e degli orientamenti dottrinali su questo tema e il suo rilievo a livello di teoria generale del diritto. Nicola Bassi non si sottrae al confronto; ripropone, con argomentazioni convincenti, una ricostruzione rigorosa del rapporto legge-attività amministrativa ben presente nella cultura amministrativistica italiana e riconduce, con un percorso logico ineccepibile, a tale ricostruzione la verifica dell'esistenza di potestà non attribuite in termini espliciti al titolare del potere. Una ricerca che non concede nulla "alle mode" del tempo, che consideravano con favore la possibilità di ampliare le potestà di intervento di soggetti pubblici nei confronti di operatori economici, anche se soltanto con finalità regolatorie. Nel complesso una chiara dimostrazione della sua capacità di interpretare la realtà di oggi sulla base di una rilettura di concetti fondamentali della teoria generale del diritto pubblico come si sono sviluppati nel nostro ordinamento.

Il secondo lavoro sul quale desidero richiamare l'attenzione è la monografia del 2004 sugli accordi tra soggetti pubblici nel diritto europeo, che affronta un fenomeno del tutto nuovo, sostanzialmente privo di una disciplina normativa e di significative indicazioni giurisprudenziali. Un approccio più agevole si sarebbe indirizzato alla descrizione delle numerose e diverse fattispecie, rinunciando a priori a una lettura unitaria del fenomeno. Viceversa, Nicola Bassi descrive le esperienze reali nelle loro diverse articolazioni, ma procede oltre e cerca di ritrovare – e in definitiva propone – un comun denominatore, che può rappresentare la norma fondamentale dalla quale far discendere le singole regole necessarie per individuare, al di là della frammentazione normativa, una disciplina organica; tale norma nella visione di Nicola è il principio di leale collaborazione.

È evidente l'atteggiamento dello studioso che, secondo metodologie consolidate, analizza le fattispecie diverse che la realtà ci propone e non si limita a descriverle, a cercare le motivazioni sostanziali che le determinano, gli interessi che coinvolgono, ma tenta di ricondurle a una categoria giuridica.

Ho sottolineato un aspetto del tutto particolare di due importanti monografie: sono ricerche complesse e meritano ben altro approfondimento, che in ef-

fetti è affidato ai saggi che seguono. Mi premeva sottolineare la particolare capacità di Nicola di saper leggere il presente utilizzando – ma rivivendola – la metodologia giuridica consueta al diritto amministrativo italiano, in tal modo dimostrandone la vitalità.

Nel panorama del diritto amministrativo italiano Nicola Bassi aveva già acquisito uno spazio di rilievo dimostrando una personalità scientifica ben definita. Il rimpianto per la grande perdita che tutti noi abbiamo subito, che si accompagna al dolore per la prematura scomparsa di un giovane amico, è sempre più forte.

Regolazione dei mercati, tutela dell'affidamento e indipendenza dalla politica. Riflessioni a partire dai lavori di Nicola Bassi

Eugenio Bruti Liberati

SOMMARIO: 1. Premessa. Regolazione, legge, certezza del diritto e politica. – 2. *Taking it seriously?* La tutela dell'affidamento e la forbice tra enunciazioni astratte del principio e la protezione in concreto riconosciuta dall'ordinamento. – 3. Regolazione, politica e mercato.

1. Premessa. Regolazione, legge, certezza del diritto e politica

Nel dibattito dottrinale di questi anni sulle nuove forme di disciplina dei mercati, i temi del rapporto tra legge e regolazione indipendente e quelli della certezza del diritto e della tutela dell'affidamento hanno notoriamente assunto un rilievo molto significativo.

Scrutinati e analizzati da molteplici punti di vista, in termini generali o settoriali, in chiave teorica o di esame di casi giurisprudenziali e di prassi, hanno costituito e costituiscono uno degli oggetti privilegiati degli studi sulla materia.

Il contributo che Nicola Bassi ha dato su questi temi – in parte assunti come oggetto diretto e specifico di analisi, in parte considerati tangenzialmente rispetto ad altre questioni – riveste quindi un'importanza significativa e merita di essere attentamente considerato.

Tra i suoi scritti, quelli che in questa prospettiva appaiono di maggiore interesse sono, oltre alla monografia sui Poteri impliciti del 2001¹, due saggi: il primo, dedicato a “*Legalità e certezza del diritto nella regolazione dei servizi economici generali*”, pubblicato nel 2010 in un volume collettaneo sulla regolazione dei servizi di interesse economico generale²; il secondo, riguardante “*Gli obblighi di pubblico servizio come strumenti di regolazione dei mercati*”, uscito su questa Rivista nel 2014³.

Il primo è un lavoro ben meditato, che ovviamente si ricollega al suo volume su Legalità e poteri impliciti, ma che tratta anche altri temi e lo fa, nonostante la brevità, in modo più problematico e per vari aspetti più maturo.

Il secondo è un lavoro più descrittivo, redatto dall'Autore in gran velocità,

¹ N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001.

² V. E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 157 ss.

³ *Gli obblighi di servizio pubblico come strumenti polifunzionali di regolazione dei mercati*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2014, p. 127 ss.

per andare incontro con la consueta generosità ad una specifica richiesta della Rivista, e che però reca alcuni spunti di grande interesse per chi voglia riflettere a fondo sui temi della regolazione.

Da questi due saggi emergono talune rilevanti indicazioni, di metodo e di merito, sia sui temi sopra richiamati sia su altre questioni cruciali per la regolazione dei mercati, come quella della derogabilità per ragioni di pubblico interesse delle ordinarie regole di concorrenza⁴ o del rapporto tra obblighi di servizio pubblico e autonomia imprenditoriale delle imprese che ne sono titolari⁵.

Le considerazioni che seguono si concentrano peraltro in particolare su due ambiti tematici specifici – quello della tutela dell'affidamento e quello del rapporto tra regolazione e politica – che ben consentono di far emergere il contributo dell'Autore e il suo orientamento di fondo sulle problematiche regolatorie.

2. Taking it seriously? La tutela dell'affidamento e la forbice tra enunciazioni astratte del principio e la protezione in concreto riconosciuta dall'ordinamento

La prima questione – la tutela dell'affidamento a fronte dei cambiamenti nella disciplina legislativa o amministrativa – è ovviamente notissima e ha un ambito di rilevanza che va ben al di là della materia, e del dibattito, sulla regolazione⁶.

Formulata peraltro con specifico riferimento alla disciplina dei mercati, essa può essere riassunta nell'interrogativo se il legittimo affidamento maturato in capo ad uno o più operatori in ordine alla vigenza di una determinata regolazione legislativa o amministrativa, in forza della quale gli stessi abbiano operato scelte di investimento o di mercato, comporti dei limiti – dei limiti effettivi – al potere del legislatore o del regolatore di apportare modifiche sostanziali a quella disciplina.

La questione si è posta e si pone innanzitutto, come pure è ben noto, per le norme e gli atti di incentivazione, ma rileva anche, naturalmente, per la regolazione tariffaria, per quella che definisce gli obblighi dei gestori di servizi di interesse economico generale e, in definitiva, per tutte le regolazioni che possano incidere, direttamente o indirettamente, sulla remuneratività di una data attività economica. Ovunque vi sia un affidamento qualificato sull'applicazione di un determinato trattamento regolatorio, lì esiste il problema dei limiti entro i quali legislatore e/o regolatore amministrativo possano modificarlo *in pejus*, in

⁴ V. in particolare *Gli obblighi di servizio pubblico come strumenti polifunzionali di regolazione dei mercati*, cit., p. 142 ss.

⁵ *Ibidem*, p. 148 ss.

⁶ Sulla tutela dell'affidamento è ovviamente d'obbligo il rinvio agli studi di F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970, e *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2001. V. anche F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, ESI, Napoli, 1995; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2005; D. CORLETTI (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Cedam, Padova, 2007; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Giuffrè, Milano, 2008; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016; A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni alle attività economiche)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2/2016, p. 1 ss.

particolare dopo che i destinatari del medesimo abbiano assunto delle decisioni di investimento basate su quell'affidamento.

Nel caso della regolazione prodotta da autorità amministrative indipendenti, la questione si pone in termini particolarmente pregnanti, dato che, com'è risaputo, una delle ragioni sottese alla loro istituzione è proprio quella di garantire una maggiore stabilità della regolazione o, meglio, la prevedibilità della sua evoluzione⁷. Cosicché, se le autorità indipendenti trascurassero di considerare l'affidamento che le imprese hanno fatto sulle loro regole quando hanno deciso se e come investire, questo risulterebbe in contrasto anche con la missione ad esse specificamente assegnata dall'ordinamento.

È chiaro peraltro che un problema analogo di coerenza ricorre anche per il legislatore laddove emani norme di incentivazione, per definizione dirette ad influire sul calcolo economico delle imprese e dunque sulle loro scelte di investimento⁸.

Ciò posto, il contributo di Nicola Bassi allo studio di tale tema è innanzitutto diretto a mettere in rilievo la distanza che intercorre tra le astratte enunciazioni del principio di tutela dell'affidamento (e di quello di certezza del diritto, a cui il primo è, a suo avviso, intimamente connesso)⁹ che si rinvergono nelle pronunce della Corte di Giustizia, della Corte Costituzionale e della giurisprudenza amministrativa e la protezione ad esso effettivamente accordata.

Tale distanza è, a suo avviso, davvero eccessiva, perché, come scrive il nostro Autore, se è vero che «*nelle sentenze ... viene riconosciuto con grande enfasi il valore fondamentale del principio ...*», è però anche vero che «*la sua invocabilità in concreto è circondata da tante e tali limitazioni da renderne a dir poco evanescente la reale effettività*»¹⁰.

Il fatto è che, com'è stato confermato anche da studi più recenti¹¹, l'esistenza di un affidamento qualificato è considerato da larga parte della giurisprudenza non come un vero e proprio limite al potere del legislatore o del regolatore di variare le regole – tariffarie, d'incentivazione o altro – preesistenti, ma solo come uno degli elementi che gli stessi devono prendere in considerazione e bilanciare al fine del decidere.

Come pure è stato sottolineato, non è un caso che la violazione del principio di affidamento venga ricondotta dalla giurisprudenza amministrativa all'am-

⁷ Su tali profili sia consentito rinviare alle considerazioni formulate in E. BRUTI LIBERATI, *Servizi di interesse economico generale e regolatori indipendenti*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., p. 75 ss; e in ID., *Regolazione indipendente e politica energetica nazionale*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1/2014, p. 81 ss.

⁸ Come osserva A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni alle attività economiche)*, cit., p. 18 s., «una incentivazione, anche quando sia stata introdotta da una regolazione temporanea ..., viene percepita ragionevolmente dagli operatori come un 'segnale' forte e non equivoco d'invito a un investimento: la regolazione, in tali casi, è essa stessa fonte di affidamento. Il valore e le caratteristiche di questo 'segnale' vanno valutati ... anche in funzione delle caratteristiche obiettive dell'investimento».

⁹ V. in particolare *Principio di legalità e principio di certezza del diritto a confronto nella regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, cit., p. 158 ss. Sull'esigenza di distinguere con chiarezza i due principi v. invece, tra gli altri, A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni alle attività economiche)*, in part. p. 14 ss.

¹⁰ Ibidem, p. 161.

¹¹ V., in particolare, A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni alle attività economiche)*, cit., p. 7 ss.

bito dell'eccesso di potere e non a quello della violazione di legge: ciò è, infatti, del tutto coerente con un'impostazione intesa a verificare il rispetto del principio solo come uno degli aspetti della più complessiva valutazione della ragionevolezza della scelta operata dal regolatore indipendente o comunque dall'amministrazione¹². E nella sostanza analoga, fatte salve le differenze del caso, appare la logica a cui è ispirato il sindacato della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia¹³.

Si tratta di un modello di tutela che non è di per sé necessariamente inadeguato, ma la cui effettiva efficacia dipende ovviamente dal livello di rigore con cui in concreto il giudice opera la sua verifica sulla ragionevolezza della ponderazione effettuata dal legislatore e/o dal regolatore e sul fatto che in essa l'esigenza di protezione dell'affidamento del privato (pur venendo alla fine sacrificata) sia stata realmente considerata.

E ciò che un'analisi obiettiva della giurisprudenza europea, costituzionale e amministrativa mostra – come appunto rilevato anche da Nicola – è che tale livello di rigore è in molti casi insufficiente e insoddisfacente, tanto da far dubitare che essa “*takes it seriously*” e da rendere incerta la stessa effettività del principio. Se l'illegittimità della norma o dell'atto di regolazione che lede un affidamento viene pronunciata solo in casi estremi, cioè solo quando la decisione in tal senso assunta dal legislatore o dal regolatore risulta platealmente incongrua e ingiustificabile, può realmente ritenersi che il principio abbia una sua autonomia rispetto al principio di ragionevolezza e possa comunque considerarsi vigente?

Per chi ritiene che le istanze meta-giuridiche sottese al principio di tutela dell'affidamento meritino tuttora di essere soddisfatte, si pone pertanto, inevitabilmente, il problema di comprendere se e come tale tutela insoddisfacente possa essere rafforzata e resa più effettiva e credibile.

Al riguardo, le vie da percorrere appaiono sostanzialmente due, entrambe tratteggiate, sia pure embrionalmente, da Nicola.

La prima, in tempi recenti ampiamente argomentata da Aldo Travi¹⁴, è che all'attuale tutela imperniata sulla tecnica del bilanciamento dell'affidamento con gli altri interessi pubblici coinvolti, venga affiancata, già in via interpretativa, una protezione indennitaria, e cioè che ai soggetti pregiudicati nel loro affidamento venga riconosciuto un indennizzo corrispondente al danno concretamente subito: «*la garanzia dell'affidamento va sottratta, ..., a quella prospettiva appiattita essenzialmente sul tema della legittimità degli atti cui si ispira ancora oggi la nostra giurisprudenza pubblicistica. A questa prospettiva va opposta la considerazione che in molti casi (come nel caso delle incentivazioni economiche) la tutela dell'affidamento non può essere attuata [solo] in termini formali, corrispondenti a un risultato procedimentale nella logica del bilanciamento, ma va attuata anche in termini sostanziali, rappresentati dalla garanzia di un valore già precedentemente riconosciuto dall'ordinamento... Il sacrificio dell'affidamento che l'atto amministrativo può determinare non si traduce necessariamente in una illegittimità, ma genera comunque un obbligo di indennizzo*»¹⁵.

¹² V. ancora A. TRAVI, *op. cit.*, in part. p. 13 ss.; e N. BASSI, *Legalità e certezza del diritto nella regolazione dei servizi economici generali*, cit., p. 163

¹³ N. BASSI, *op. ult. cit.*, p. 161 ss.

¹⁴ V. ancora *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni alle attività economiche)*, cit., p. 24 ss. E v. già N. BASSI, *Legalità e certezza del diritto nella regolazione dei servizi economici generali*, cit., p. 159.

¹⁵ A. TRAVI, *op. cit.*, p. 30 (sottolineatura aggiunta).

Si tratta di una proposta che appare del tutto condivisibile: vi sono senz'altro dei casi in cui l'interesse generale può giustificare una modifica della regolazione preesistente, pur se ciò implica un *vulnus* per i privati che avevano fatto affidamento su di essa. In tali casi, peraltro, appare coerente con i principi propri del nostro ordinamento che al prevalere dell'interesse pubblico si accompagni il riconoscimento di un indennizzo in relazione al pregiudizio subito dai privati¹⁶.

La logica è, all'evidenza, quella stessa che informa la previsione da parte della legge n. 241/1990 di un indennizzo in caso di recesso per legittime ragioni di pubblico interesse da un accordo pubblicistico o di revoca di un atto amministrativo unilaterale sempre per ragioni di pubblico interesse¹⁷. Una logica ispirata alla ricerca di un equilibrio ragionevole tra l'esigenza di riconoscere al legislatore e alle pubbliche amministrazioni il potere di modificare i loro atti quando l'interesse pubblico lo richieda e quella di rendere effettivi e seri gli impegni che gli stessi hanno assunto in precedenza verso i privati con i loro atti – o comunque gli affidamenti che hanno ingenerato con gli stessi.

Tale conclusione – e dunque la soluzione di ritenere che, laddove un affidamento qualificato sia stato pregiudicato dalla modifica per ragioni di pubblico interesse di una regolazione preesistente, al suo titolare debba comunque essere riconosciuta una protezione indennitaria – non esclude peraltro che si debba intervenire anche sul versante della tutela di legittimità e sul modo in cui essa è oggi prevalentemente concepita ed applicata. Del resto, se si considera ancora l'analogia con gli accordi pubblicistici, anche con riferimento agli stessi la previsione di un indennizzo da recesso non implica affatto che il vaglio sulle ragioni di pubblico interesse che lo hanno motivato non debba essere estremamente incisivo, sino a verificare se realmente lo scioglimento unilaterale dal vincolo convenzionale è l'unico modo per soddisfare adeguatamente l'interesse pubblico¹⁸.

Già solo una semplice esigenza di coerenza sistematica e di serietà inter-

¹⁶ Come scrive N. BASSI, «la certezza del diritto non sembra determinare inevitabilmente (anche quando vi sia un affidamento davvero meritevole di essere protetto) un divieto assoluto di modificare in senso peggiorativo la regola preconstituita, ma pare comportare semmai la necessità di assicurare al soggetto leso una qualche forma di "indennizzo" (o direttamente in denaro o attraverso misure regolatorie alternative, per lui favorevoli) al fine di mantenere l'equilibrio economico della sua attività» (così in *Legalità e certezza del diritto nella regolazione dei servizi economici generali*, cit., p. 159).

¹⁷ V., rispettivamente l'art. 11, comma 4, e l'art. 21-*quinquies* della legge 241/1990. In dottrina v., tra gli altri, sul recesso dagli accordi, F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. Dir.*, 1993, p. 246 ss.; ID., *I rapporti contrattuali della pubblica amministrazione*, in *Dir. Pubbl.*, 1998, p. 51 ss.; E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1996, p. 185 ss.; ID., *Accordi pubblici* (ad vocem), in *Enc. Dir.*, V Agg., Milano, 2001, p. 21 ss.; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Giappichelli, Torino, 2003; sulla revoca dei provvedimenti, M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Giappichelli, Torino, 1999; D. CORLETTO (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, cit.; C. FRAENKEL-HAEBERLE, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento: il caso tedesco*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2008.

¹⁸ Al contrario, la giurisprudenza ha da sempre affermato, con riferimento ai rapporti contrattuali nei quali una pubblica amministrazione intervenga nell'esercizio di un potere amministrativo discrezionale, che il recesso unilaterale dallo stesso per sopravvenute ragioni di pubblico interesse deve trovare la sua giustificazione in esigenze pubblicistiche gravi e non altrimenti soddisfabili: v. già le (sempre interessanti, per le considerazioni anche meta-giuridiche in esse formulate), App. Trani, 3 aprile 1916, in *Giur. it.*, 1917, I, 2, 1; Cass. Roma, sez. un., 9 febbraio 1918, in *Foro it.*, 1918, I, 487; in tempi recenti, v. ad esempio Cons. Stato, sez. III, 31 ottobre 2017, n. 5036.

pretativa impone quindi di ritenere che il modello di protezione imperniato sul bilanciamento della tutela dell'affidamento con altri interessi pubblici non possa essere inteso in termini meramente formalistici ed esiga invece un sindacato effettivo e penetrante sul modo in cui quel bilanciamento è stato effettuato.

Ciò ovviamente è più facile nel caso degli atti amministrativi di regolazione, riguardo ai quali è certamente possibile un esame puntuale dell'istruttoria che li ha preceduti e della motivazione che essi devono recare, anche sotto il profilo della ricerca e valutazione di soluzioni alternative¹⁹. E infatti, a ben vedere, la giurisprudenza amministrativa offre anche esempi, assai apprezzabili, di casi in cui tale esame puntuale e sostanziale è stato in effetti condotto e non casualmente ha portato all'annullamento di atti di regolazione lesivi di un legittimo affidamento²⁰.

Meno agevole è, all'apparenza, operare un controllo siffatto nel caso degli atti legislativi, a causa anzitutto della persistente – e ormai palesemente inaccettabile – regola che esime il legislatore nazionale dall'obbligo di motivazione. Ma è ben noto che in realtà la Corte Costituzionale e la stessa Corte di Giustizia hanno comunque gli strumenti per ricostruire la volontà del legislatore, il modo in cui la stessa si è formata e le alternative possibili rispetto alla scelta in definitiva compiuta, e possono dunque accertare – più seriamente di quanto non di rado accada – se la modifica di una disciplina preesistente, che incida su rapporti di durata e su investimenti già posti in essere da operatori economici, non «*trasmod[is] in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incid[is] sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza pubblica[recte: giuridica]*»²¹.

È troppo chiedere – o, meglio, esigere – che questo sindacato sia sostanziale e non formale e non sia condizionato, quanto meno non pregiudizialmente, da logiche di tutela dell'interesse meramente finanziario dello Stato²²?

3. Regolazione, politica e mercato

Il secondo tema che vorrei trattare qui, sempre muovendo dalle intuizioni e dalle riflessioni di Nicola Bassi, attiene al rapporto tra regolazione, politica e mercato.

Sappiamo tutti che esiste – esiste sin dagli anni novanta del secolo scorso

¹⁹ Osserva A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento*, cit., p. 27, che «*Il sindacato sulla motivazione rappresenta, nonostante alcune concezioni troppo ottimistiche, un diaframma rispetto alla conoscenza della situazione reale*», giacché «*la sufficienza della motivazione evita, ..., un'indagine sulla corrispondenza reale dell'atto alle caratteristiche dei fatti e degli interessi che ad essi corrispondono*». Il che è certamente esatto, ma sembra in definitiva attenersi, più che ad un limite intrinseco del sindacato sulla motivazione, a un'insufficienza dell'uso che in concreto, in non pochi casi, la giurisprudenza fa di tale strumento. Una conferma in questo senso sembra del resto potersi ritrovare nelle pronunce che utilizzano il controllo sulla motivazione per operare al contrario un sindacato assai penetrante e tutt'altro che formalistico sulla scelta operata dall'amministrazione (per un esempio recente, emblematico della potenziale grande incisività dell'istituto, v. Cons. Stato, sez. VI, 9 agosto 2016, n. 3552).

²⁰ V., in particolare, Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2016, nn. 939 e 940.

²¹ Così, da ultimo, Corte Cost., 24 gennaio 2017, n. 16.

²² Su quest'ultimo tema v. ancora A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento*, cit., p. 31.

ma è oggi particolarmente diffuso – un orientamento che guarda con diffidenza e sospetto alla regolazione indipendente e alla sua autonomia dalla politica perché ritiene che questo significhi soggezione della regolazione al mercato e implichi una compressione indebita delle tutele costituzionalmente previste a favore di diritti e di interessi che il mercato non può garantire.

È la tesi ad esempio sostenuta in passato da Michela Manetti nel suo libro sui Poteri neutrali²³ e che è stata di recente ripresa con forza, con riferimento al ruolo della Banca Centrale Europea, in un libro di Omar Chessa²⁴. Ed è anche una tesi molto presente nell'attuale dibattito sociologico, ove è stata sostenuta, tra gli altri ma con particolare forza suggestiva, da Wolfgang Streeck²⁵.

Negli anni novanta del secolo scorso tale orientamento era decisamente minoritario: lo spirito dei tempi era allora espresso assai di più da Fabio Merusi, che viceversa propugnava la necessità di una piena auto-referenzialità della regolazione e dei regolatori e di una loro assoluta impermeabilità rispetto alla politica²⁶.

Oggi, molto è cambiato, com'è ben noto, nel modo di concepire il rapporto tra politica, mercato e regolazione e la tentazione di buttare a mare – insieme agli eccessi liberistici degli anni novanta del '900 e dei primi anni di questo secolo – anche due decenni di regolazione indipendente dei servizi di interesse economico generale, dei mercati finanziari e della moneta appare piuttosto diffusa e non solo nel dibattito politico ma anche tra gli studiosi.

Sotto questo profilo, sembra interessante notare che Nicola Bassi, che pure alle istanze di democraticità delle scelte di disciplina dei mercati e in generale delle scelte politico-amministrative dava grande peso (come inequivocabilmente emerge dal suo primo e fondamentale volume su Legalità e poteri impliciti), nel suo lavoro del 2010 su Legalità e certezza del diritto si esprime con chiarezza a favore di un assetto equilibrato dei rapporti tra legislatore, governo e regolatori indipendenti.

L'essenziale, a suo avviso, era che laddove un'autorità amministrativa anche indipendente debba assumere una decisione politico-discrezionale e debba dunque ponderare interessi, lì vi sia e venga rispettato un assetto e una scala di priorità definita in sede legislativa (o comunque politica): come scrive Nicola, il principio di legalità implica che «*seppure in misura variabile al variare del tasso di discrezionalità affidato alla fase applicativa, l'assetto degli interessi deciso in un caso concreto dall'amministrazione debba essere riconducibile ad una scelta politica compiuta in sede legislativa*»²⁷.

A questo contenuto del principio di legalità il nostro Autore ritiene che non si possa in alcun modo rinunciare. Tanto è vero che egli critica fortemente l'idea, come sappiamo ben presente nella giurisprudenza del Consiglio di Stato sulle autorità indipendenti, di uno scambio tra la legalità sostanziale e la c.d. legalità procedimentale²⁸.

²³ M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994.

²⁴ O. CHESSA, *La Costituzione della moneta*, Jovene, Napoli, 2016.

²⁵ W. STREECK, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli, Milano, 2013.

²⁶ Gli studi di F. MERUSI sulle autorità indipendenti sono, com'è ben noto, molteplici. Qui sembra sufficiente rinviare a quello che è forse, tra tutti, il più brillante e suggestivo: *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000.

²⁷ N. BASSI, *Principio di legalità e principio di certezza del diritto*, cit., p. 167.

²⁸ V. ancora *Principio di legalità e principio di certezza del diritto*, op. loc. cit.. La giurispru-

Ma, una volta che la riconducibilità della decisione discrezionale del regolatore ad un'indicazione politica di un soggetto a ciò legittimato (e, in particolare, secondo Nicola Bassi, del legislatore) sia assicurata, allora l'indipendenza e anche l'autonoma competenza dei regolatori deve essere riconosciuta e difesa contro gli eventuali (e nei fatti frequenti) tentativi della politica di interferire anche in via legislativa sulle scelte puntuali di disciplina dei mercati affidate ai medesimi.

Ed è in questa prospettiva che Nicola richiama sia le norme europee che, a partire dal 2009, hanno finalmente iniziato a garantire competenza e indipendenza dei regolatori²⁹ sia la giurisprudenza della Corte di Giustizia che in varie occasioni ha sancito l'illegittimità degli atti anche legislativi non rispettosi delle stesse³⁰.

Si tratta di spunti ed intuizioni, più che di riflessioni compiutamente sviluppate: ma di spunti importanti, che contribuiscono a delineare un percorso ricostruttivo e di politica del diritto che anche in questo caso – come in quello della tutela dell'affidamento – va nella direzione più che condivisibile di un bilanciamento equilibrato tra istanze e valori diversi, che qui sono quelli di democrazia da un lato e quelli (usualmente ricondotti alla regolazione indipendente) di competenza tecnica, di stabilità e di imparzialità della disciplina dei mercati, dall'altro.

La democrazia – e il principio di sovranità popolare che ne è il cardine – richiede (anche) che le scelte politico-discrezionali affidate ai vari livelli di amministrazione siano espressione dell'indirizzo politico definito dagli organi politicamente rappresentativi. Nel caso delle autorità indipendenti di regolazione, sottratte per definizione – e oggi anche in forza della chiara disciplina positiva dettata a livello europeo e nazionale – al circuito della rappresentanza politica, ciò significa che, nei casi (comunque non ordinari) in cui siano chiamate dal legislatore ad assumere decisioni non meramente tecnico-discrezionali e che comportino invece anche ponderazioni di interessi, esse non possano definire autonomamente il proprio indirizzo politico-amministrativo ma debbano attenersi agli orientamenti espressi dal legislatore dagli organi di governo.

denza a cui si fa qui riferimento è ovviamente quella che, recependo anche i suggerimenti formulati da parte della dottrina (v., tra gli altri, gli studi raccolti nel volume *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti, Quaderni del Consiglio di Stato*, Giappichelli, Torino, 1999, ove, in particolare, M. CLARICH, *I procedimenti di regolazione*, p. 9 ss., e M. D'ALBERTI, *Procedimenti generali e singolari: problemi attuali e miglioramenti possibili*, p. 91 ss.) ha meritoriamente imposto alle autorità indipendenti di adottare moduli procedurali aperti e partecipati anche per l'adozione di atti di regolazione generali nonché di motivare (sia pure sinteticamente) il mancato accoglimento delle osservazioni presentate dai soggetti intervenuti (v. in tal senso, tra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007 e 27 dicembre 2006, n. 7972). Su tale giurisprudenza e più in generale sul tema della partecipazione ai procedimenti di regolazione v. M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., p. 189 ss.

²⁹ V. in particolare l'art. 3, comma 3-bis, della direttiva 2002/21/CE (come introdotto dalla direttiva 2009/140/CE) (in materia di comunicazioni elettroniche), l'art. 35 della direttiva 2009/72/CE (in materia di energia elettrica), l'art. 38 della direttiva 2009/73/CE (in materia di gas naturale), l'art. 55 della direttiva 2012/34/UE (in materia di trasporto ferroviario): i quali tutti sanciscono il principio inequivocabile che le autorità nazionali di regolamentazione non possono sollecitare o accettare istruzioni da organi di governo nell'esercizio dei loro compiti di regolazione.

³⁰ Corte di Giustizia, 29 ottobre 2009, in causa C-474/2008, Commissione contro Regno del Belgio. E v. anche Corte di Giustizia, 3 dicembre 2009, in causa C-424/07, Commissione contro Repubblica federale di Germania; nonché, in tempi più recenti, Corte di Giustizia, 26 luglio 2017, in causa C-560/2015, *Europa Way e Persidera*.

Come questo possa e debba conciliarsi con il principio dell'indipendenza anche funzionale delle autorità è tema complesso, che non può essere qui approfondito. Ma sembra oggi palese – e di ciò anche Nicola Bassi nei suoi lavori appare consapevole – che tale conciliazione non passa né dalla via di una rigida e assoluta impermeabilità della regolazione indipendente dalla politica – dalla politica democratica – né da quella di una subordinazione delle autorità ai voleri, spesso estemporanei e talora tecnicamente approssimativi, delle maggioranze parlamentari o dei governi.

Il mutuo riconoscimento negli scritti di Nicola Bassi

di Luca De Lucia *

SOMMARIO: 1. Mutuo riconoscimento e tutela dei diritti dei terzi. – 2. Un’osservazione critica. – 3. Successivi sviluppi giurisprudenziali e normativi. – 4. Conclusioni.

Nicola Bassi si è occupato del tema del mutuo riconoscimento (in ambito amministrativo) in una monografia¹ e in una nota a sentenza². Entrambi gli scritti – che risalgono al 2008 – contengono un’analisi originale, e a volte lungimirante, di questo complesso argomento.

In questo contributo, ci si concentra, innanzitutto, sul ragionamento condotto da Nicola Bassi nel lavoro monografico, per rivolgere poi l’attenzione ai più recenti sviluppi della materia che erano, almeno in parte, ben chiari all’autore.

1. Mutuo riconoscimento e tutela dei diritti dei terzi

Il sottotitolo del libro del 2008 chiarisce l’oggetto della ricerca: «*la circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*». In particolare, l’autore, preso atto dell’«*apertura laterale degli ordinamenti nazionali*» indotta dal diritto dell’Unione europea³, intendeva verificare se, nel sistema complessivamente considerato, si potesse un problema di protezione dei terzi nei confronti di un provvedimento amministrativo emanato in un altro Stato membro (di seguito anche atto amministrativo transnazionale). Inoltre, egli si proponeva di individuare possibili soluzioni alle carenze eventualmente riscontrate nella tutela giurisdizionale dei terzi. In termini più generali, la parte principale dello studio non

* Mi sia consentito trascrivere le parole pronunciate all’apertura della mia relazione: «*innanzitutto, voglio ringraziare di vero cuore Margherita Ramajoli, Eugenio Bruti Liberati e gli altri colleghi per l’invito a intervenire in questo convegno di riflessione sul pensiero scientifico di Nicola Bassi. Confesso di essere molto emozionato perché Nicola e io abbiamo condiviso una tappa importante della carriera accademica, avendo conseguito insieme l’idoneità a professore associato nell’Università di Salerno nel 2003 (all’epoca era prevista la prova didattica con le tremende 24 ore che la precedevano). Con Nicola abbiamo anche condiviso un interesse di ricerca, quello, appunto, del mutuo riconoscimento in ambito europeo*».

¹ *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale*, Giuffrè, Milano, 2008. Da segnalare che il volume – dedicato al professor Guido Greco – è stato recensito quasi subito da M. MACCHIA in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, pp. 602-605.

² *Il mutuo riconoscimento in trasformazione: il caso delle patenti di guida*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 6/2008, pp. 1528-1594.

³ N. BASSI, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale*, cit., p. 1.

verte nell'«*elaborazione di una risposta a un problema la cui ricorrenza è as-sodata e, quindi, assunta come premessa dell'approfondimento, bensì sull'in-terrogativo concernente l'effettiva presenza ... di un problema ...*»⁴.

Si trattava (e si tratta ancor oggi) di un'indagine unica, per l'originalità della prospettiva adottata, nel panorama scientifico nazionale ed europeo, che all'e-poca si stava popolando di numerosi contributi in materia⁵. Nessuno dei quali aveva specificamente affrontato l'argomento.

In primo luogo, Nicola Bassi si premura di chiarire l'essenza del fenomeno, ricordando che, nel diritto comunitario, il mutuo riconoscimento è un istituto (di origine giurisprudenziale, successivamente utilizzato dal legislatore europeo) che ha la finalità di realizzare il mercato unico, assicurando (o comunque faci-litando) la libera circolazione di beni, servizi, capitali, ecc. Ciò incide ovvia-mente sul ruolo delle amministrazioni nazionali e sui provvedimenti abilitativi che esse possono emanare; provvedimenti che, infatti, possono produrre, sia pure in modi differenziati, effetti giuridici (e non solo fattuali) anche nel territo-rio di altri Stati membri.

La ricerca prosegue con l'analisi dettagliata di numerose disposizioni rile-vanti. L'autore si sofferma, ad esempio, sulla disciplina dei servizi nel mercato interno (la c.d. direttiva Bolkestein)⁶, dei servizi bancari⁷ e assicurativi⁸, di quelli di trasporto⁹, del riconoscimento delle qualifiche professionali¹⁰, delle autorizzazioni alla commercializzazione dei farmaci¹¹ e di prodotti, non desti-nati all'alimentazione, contenenti organismi geneticamente modificati¹².

L'esame delle norme derivate consente all'autore di individuare tre tipologie di atti amministrativi gravitanti nel concetto di mutuo riconoscimento. Le prime due sono il frutto di procedimenti decentrati (condotti cioè da amministrazioni nazionali). Si tratta, in particolare, del «mutuo riconoscimento condizionato», nel quale la condizione «è *qui rappresentata da un atto formale di riconosci-*

⁴ N. BASSI, *op. cit.*, p. 5.

⁵ Per indicare solo alcuni autori italiani che in quegli anni si erano occupati del tema, cfr. M. GNES, *Mutuo riconoscimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Mila-no, 2006, vol. IV, p. 3766 ss.; L. TORCHIA, *Il governo delle differenze*, Il Mulino, Bologna, 2006, spec. p. 53 ss.; S. NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Cedam, Padova, 2005; G. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Cedam, Padova, 2002.

⁶ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, rela-tiva ai servizi nel mercato interno.

⁷ All'epoca regolamentati dalla direttiva 2006/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2006, relativa all'accesso all'attività degli enti creditizi ed al suo esercizio.

⁸ All'epoca regolamentati dalla direttiva 2002/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 novembre 2002, relativa all'assicurazione sulla vita; direttiva 88/357/CEE del Consiglio del 22 giugno 1988 recante coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed ammini-strative riguardanti l'assicurazione diretta diversa dell'assicurazione sulla vita.

⁹ All'epoca regolamentati dalla direttiva 95/18/CE del Consiglio, del 19 giugno 1995, relativa alle licenze delle imprese ferroviarie; dal regolamento (CEE) n. 2407/92 del Consiglio, del 23 luglio 1992, sul rilascio delle licenze ai vettori aerei e dal regolamento (CEE) n. 684/92 del Con-siglio, del 16 marzo 1992, relativo alla fissazione di norme comuni per i trasporti internazionali di viaggiatori effettuati con autobus.

¹⁰ Direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, rela-tiva al riconoscimento delle qualifiche professionali.

¹¹ Direttiva 2001/83/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 novembre 2001, re-cante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano.

¹² Direttiva 2001/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 marzo 2001, sull'e-missione deliberata nell'ambiente di organismi geneticamente modificati (versione all'epoca vi-gente).

mento dell'efficacia dell'atto straniero da parte dello Stato membro ospitante»¹³. Viene inoltre in rilievo il «*mutuo riconoscimento automatico*». In tali evenienze «*manca per definizione la possibilità di svolgere verifiche preventive*» e l'amministrazione di destinazione «*deve limitarsi a prendere atto*» del provvedimento straniero e del suo contenuto dispositivo «*senza poter attivare alcuna procedura di sindacato*»¹⁴: essa non può quindi svolgere alcun tipo di controllo sulla legittimità sull'atto emanato da un altro Stato. Il terzo tipo mutuo riconoscimento è, invece, «*accentrato*» e ricorre quando vi sia una competenza amministrativa (necessaria o eventuale) di istituzioni od organismi europei (es. l'autorizzazione accentrata di alcuni prodotti farmaceutici).

Dopo questa introduzione, Nicola Bassi si concentra sul problema centrale della ricerca. Si tratta – si ripete – di individuare possibili lacune negli strumenti di tutela giurisdizionale a disposizione dei terzi nei confronti di atti emanati in altri Paesi (espressione cioè di «*mutuo riconoscimento decentrato*»). Egli chiarisce che, per quanto riguarda le decisioni emanate da amministrazioni europee, queste criticità non si riscontrano, perché il sistema dei Trattati prevede una serie differenziata di meccanismi (azione diretta e rinvio pregiudiziale di validità) che, complessivamente considerati, assicurano la pienezza della protezione dei diritti dei privati interessati (compresi i terzi)¹⁵.

A quali situazioni di fatto pensava? Egli cita, tra l'altro, «*il caso di un provvedimento nazionale, adottato in regime di mutuo riconoscimento, recante il rilascio di un'autorizzazione a svolgere un'attività economica che il concorrente straniero del destinatario reputi illegittimo ...*»¹⁶. Con la precisazione che, ai fini della ricerca, rileva solo l'illegittimità derivante dal contrasto con il diritto comunitario. Si menziona anche un altro esempio: la violazione di diritti industriali nell'ambito dei procedimenti di autorizzazione all'immissione in commercio di farmaci¹⁷.

Le possibili lacune nella protezione dei terzi sono presto spiegate. Premesso che il diritto alla tutela giurisdizionale piena ed effettiva rappresenta un principio fondamentale dell'ordinamento europeo (al pari di quello italiano), esso in questi casi può risultare compresso o addirittura leso. In primo luogo, ci possono essere asimmetrie tra le legislazioni nazionali sul punto. Ciò accade, ad esempio, quando l'atto abilitativo sia stato emanato in uno Stato in cui non sia ammessa (o sia ammessa in modo limitato) l'azione dei terzi¹⁸; ma l'atto stesso produce un pregiudizio a un soggetto insediato in un altro Paese, dove invece l'azione del terzo è consentita. In questo caso, quindi, per il controinteressato sarebbe impossibile contestare in sede giurisdizionale un provvedimento ritenuto lesivo.

In secondo luogo, il problema si può porre anche quando nei due ordinamenti interessati l'azione di annullamento proposta dal terzo sia consentita. Quest'ultimo, infatti, sarebbe costretto agire innanzi al giudice dell'ordinamento di origine a causa, tra l'altro, del principio internazionalistico dell'immunità giurisdizionale degli Stati. A questo proposito nel libro viene peraltro citata un'interessante vicenda che si è svolta davanti al giudice amministrativo italia-

¹³ N. BASSI, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale*, cit., p. 39.

¹⁴ N. BASSI, *op. cit.*, p. 40.

¹⁵ N. BASSI, *op. cit.*, pp. 48-53.

¹⁶ N. BASSI, *op. cit.*, p. 56.

¹⁷ N. BASSI, *op. cit.*, p. 62.

¹⁸ L'autore si riferiva in particolar modo all'esperienza tedesca: N. BASSI, *op. cit.*, pp. 57-60.

no in materia di riconoscimento dell'autorizzazione all'immissione in commercio di prodotti farmaceutici¹⁹. In ogni caso, costringere il terzo ad agire in via giurisdizionale in un altro Paese rappresenta – secondo Nicola Bassi (e su ciò non si può che concordare) – una soluzione insostenibile, irragionevole e sproporzionata. Ciò a causa delle difficoltà economiche e pratiche che la circostanza può comportare.

A questo punto, nello studio ci si propone di individuare una possibile soluzione al problema. Innanzitutto viene esclusa la piena idoneità a tal fine della procedura d'infrazione (in considerazione della natura individuale del diritto alla tutela giurisdizionale). Lo stesso vale per altri possibili interventi che, nelle singole ipotesi, la normativa derivata consente alle amministrazioni di destinazione in caso di violazione di rilevanti interessi pubblici (es. le c.d. misure di salvaguardia).

L'autore suggerisce una via assai interessante. La premessa è che in questi casi «*ciò che circola non è l'atto amministrativo straniero in sé considerato, quanto piuttosto i suoi effetti: quel che transita attraverso i confini degli Stati membri, cioè, non è il provvedimento straniero ... bensì la posizione soggettiva di vantaggio che esso ha accordato e che viene come inglobata nel bagaglio di situazioni giuridiche attive con cui il beneficiario si sposta sul territorio comunitario*»²⁰. Il provvedimento straniero dunque «*viene ... considerato come un fatto idoneo, in forza di quanto stabilito dall'ordinamento comunitario, a produrre conseguenze giuridicamente rilevanti anche in Stati membri differenti da quello che lo ha adottato*»²¹. In altri termini, la norma europea rappresenta il fondamento della circolazione, tra gli ordinamenti nazionali, degli effetti giuridici del provvedimento. In conseguenza, se vi è una difformità dell'atto dalle norme europee di riferimento, viene meno «*... la legittimazione giuridica (alla circolazione degli effetti) che da essa deriva ...*»²².

Lo Stato di destinazione potrebbe allora «*non ammettere l'accesso sul suo territorio agli effetti del provvedimento straniero quando appuri che non sono state soddisfatte le condizioni in forza delle quali essi sono legittimati a circolare: e, fra queste, condizioni la prima e irrinunciabile consiste ... nel fatto che il provvedimento straniero sia coerente ... alla norma comunitaria che, prevedendone l'adozione, ne ha altresì ipotizzato la possibile efficacia sovranazionale*»²³. Il Paese ospitante non dovrebbe verificare l'astratta legittimità del provvedimento fonte dell'effetto emanato in un altro Paese, ma «*solo l'aderenza alla regola del diritto europeo, che consente la circolazione, della pretesa concreta di avvalersene*». Questo intervento si dovrebbe quindi inserire nella dinamica della produzione degli effetti giuridici (che in questo caso hanno natura transnazionale).

La verifica di conformità tuttavia non può essere condotta dall'amministrazione dello Stato *ad quem* (perché espressamente preclusa dalle norme europee rilevanti), ma solo dal relativo giudice. Ciò in considerazione, se non altro, del rango del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale e del fatto che un tale controllo non è espressamente escluso dal diritto derivato (né, secondo l'autore, potrebbe esserlo).

¹⁹ Cons. Stato, sez. IV, sentenza del 15 giugno 2004, n. 3993; TAR Lazio, sez. III, sentenza dell'11 marzo 2003, n. 1830.

²⁰ N. BASSI, *op. cit.*, p. 82.

²¹ N. BASSI, *op. cit.*, p. 83.

²² N. BASSI, *op. cit.*, p. 84.

²³ *Ivi*.

Individuata la soluzione, lo studio si premura di verificare che non sussistano impedimenti alla sua adozione. Ad esempio, secondo Nicola Bassi, non rappresenta un ostacolo il principio di immunità giurisdizionale degli Stati, perché non si avrebbe qui una sentenza costitutiva di annullamento, ma più semplicemente una preclusione alla produzione di effetti giuridici. Allo stesso modo non si frappone il problema della decorrenza dei termini d'impugnativa (in ragione dell'effettiva conoscenza da parte del terzo del provvedimento e della sua portata lesiva).

Infine, dopo la disamina di possibili vie alternative, l'autore si concentra sui profili processuali nel diritto italiano. A questo proposito, nel volume si propone di interpretare in modo estensivo l'art. 6 della legge 31 maggio 1995, n. 218 (riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato). In base a questa norma, come noto, «*il giudice italiano conosce, incidentalmente, le questioni che non rientrano nella giurisdizione italiana e la cui soluzione è necessaria per decidere sulla domanda proposta*».

Ciò consente di individuare e risolvere una serie di questioni di carattere squisitamente processuale, distinguendo tra provvedimenti amministrativi stranieri ricadenti nel mutuo riconoscimento condizionato e in quello automatico²⁴.

2. Un'osservazione critica

La ricchezza dello studio suscita numerose riflessioni. In questa sede ci si limita a formulare un'osservazione critica e una considerazione di carattere più generale che offre l'occasione per accennare al secondo scritto di Nicola Bassi su questo argomento.

L'osservazione critica riguarda i profili funzionali del mutuo riconoscimento decentrato. In sintesi si può affermare che l'istituto, nell'agevolare l'esercizio delle libertà fondamentali tutelate dal Trattato, rappresenta, tra l'altro, un dispositivo di semplificazione dell'azione amministrativa e soprattutto di parziale liberalizzazione delle attività private²⁵. In conseguenza, l'atto amministrativo (a maggior ragione quello emanato in un altro Paese) e il giudice amministrativo (dello Stato ospitante) finiscono per perdere centralità, a favore di una più ampia responsabilità dei soggetti privati. Se così è, nel Paese ospitante, il problema principale non risiede tanto nella possibilità di contestare (innanzi al giudice amministrativo) un provvedimento di un altro Paese, ma consiste essenzialmente nell'offrire protezione ai privati nei confronti dell'attività dannosa posta in essere dal destinatario del provvedimento. In sostanza, alla limitazione della funzione del giudice amministrativo corrisponde la pienezza della cognizione del giudice ordinario del medesimo Paese ospitante. Il terzo può, infatti, agire direttamente nei confronti del beneficiario del provvedimento, non dovendo il giudice civile (si ripete: del Paese di destinazione) verificare la legittimità dell'atto emanato in un altro Paese e potendo limitarsi invece a valutare la condotta del danneggiante in relazione alla sfera giuridica del danneggiato.

La conclusione trova una chiara conferma nelle stesse sentenze del giudi-

²⁴ N. BASSI, *op. cit.*, cap. V.

²⁵ A questo proposito sia consentito rinviare a L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo*, Giappichelli, Torino, 2009, spec. p. 217 ss.

ce amministrativo italiano più volte richiamate nello studio di Nicola Bassi. In particolare, la questione riguardava l'impugnativa proposta da una società farmaceutica contro il riconoscimento in Italia dell'autorizzazione all'immissione in commercio di un farmaco per violazione del suo diritto di proprietà intellettuale. Il Consiglio di Stato ha affermato che il Ministero della Salute non poteva attribuire alcuna rilevanza al diritto della ricorrente senza violare la normativa europea sul mutuo riconoscimento; ciò tuttavia non «... *non contrasta con le disposizioni in materia di tutela della proprietà intellettuale e commerciale, ma ha solo l'effetto di spostare le questioni relative nello Stato ove la prima autorizzazione è stata concessa, ovvero innanzi all'Autorità giudiziaria competente*» (ossia il giudice ordinario)²⁶.

La conclusione è confermata altresì da una serie di norme derivate che – specie per i settori della c.d. amministrazione del rischio – impongono al destinatario del provvedimento transnazionale una serie di oneri (anche informativi) a protezione di determinati interessi pubblici (es. salute e ambiente)²⁷.

In sintesi: coerentemente con la finalità di liberalizzazione, nel Paese di destinazione, il provvedimento transnazionale non ha una natura multipolare (nel senso che non si deve fare carico, né del resto potrebbe, della corretta relazione tra i soggetti privati), ma deve solo assicurare il rispetto di determinati interessi pubblici.

Al contrario, il problema sollevato da Nicola Bassi si pone in tutta la sua portata con riferimento ad atti con contenuto certificativo (es. una certificazione di qualità «*spendibile dal beneficiario in gare d'appalto in tutto il territorio comunitario e il cui concreto utilizzo in una procedura concorsuale in un altro Stato membro gli abbia consentito di aggiudicarsi il contratto a discapito di un operatore ivi insediato*»)²⁸. Per queste ipotesi, la soluzione che egli ha individuato appare tecnicamente ineccepibile, oltre che estremamente intelligente.

In effetti, il volume ha il merito di aver messo in luce una questione, di grande rilievo, che era stata sino ad allora trascurata dalla dottrina. E in una comunità scientifica individuare temi di riflessione di questa portata rappresenta una prestazione fondamentale.

3. Successivi sviluppi giurisprudenziali e normativi

Passando alla considerazione di carattere più generale, si deve osservare come il volume sia percettibilmente improntato a un grande ottimismo. Tutto il ragionamento, e la stessa tesi che l'autore voleva dimostrare, erano funzionali al perfezionamento del meccanismo del mutuo riconoscimento. Come tanti studiosi della sua generazione egli ha probabilmente subito il fascino del progetto tecnico/politico alla base di quella fase di evoluzione dell'ordinamento europeo. Si potrebbe dire il fascino della «governance orizzontale» del mercato unico che trova nel meccanismo del reciproco riconoscimento uno dei suoi elementi portanti. Attraverso l'utilizzo di meccanismi decisionali ispirati a tecniche deliberative (es. la comitologia o, più in generale, il confronto tra le amministrazioni nazionali e tra queste e quelle europee), questa costruzione aveva

²⁶ Cons. Stato, n. 3993/04 cit.

²⁷ Cfr. es. art. 20, par. 2, dir. n. 2001/18/CE; art. 25, dir. n. 2001/83/CE.

²⁸ N. BASSI, *op. cit.*, p. 56.

di mira un incremento della democrazia degli Stati membri e quindi dell'Unione europea²⁹.

Tuttavia, quando è stato pubblicato il libro di Nicola Bassi, la crisi economica stava iniziando a far sentire i suoi effetti non solo economici, ma anche politici; inoltre, si erano affacciati sulla scena alcuni elementi di criticità di questo progetto che hanno in parte smentito le ragioni di quell'ottimismo. Che cosa è accaduto nel periodo successivo per quanto riguarda il mutuo riconoscimento (decentrato) in ambito amministrativo?

Si è assistito a due fenomeni diversi ma convergenti nel ridurre il peso dell'istituto.

In primo luogo, ha preso piede una tendenza legislativa e giurisprudenziale nella direzione del depotenziamento dell'effetto transnazionale (e delle connesse esigenze unitarie), per assicurare una tutela più intensa a determinati interessi nazionali (ossia quelli del Paese di destinazione). Questo sviluppo era stato già visto con lucidità da Nicola Bassi nel suo secondo contributo in materia di mutuo riconoscimento e relativo alla giurisprudenza della Corte di giustizia sulle patenti di guida³⁰.

Al riguardo conviene ricordare che, in passato, la patente di guida rappresentava un esempio tipico di provvedimento amministrativo con efficacia transnazionale automatica³¹. Tanto è vero che, secondo la Corte di giustizia, le autorità dello Stato di destinazione non potevano controllare la sussistenza dei presupposti prescritti per il rilascio della patente (e segnatamente il requisito della residenza) emessa in un altro Paese membro³². Negli anni successivi, però, per arginare il c.d. «*turismo delle patenti di guida*», lo stesso giudice ha riconosciuto alle amministrazioni di destinazione più ampi poteri di controllo circa la sussistenza di tali requisiti, consentendo loro di verificare da questo punto di vista la legittimità della singola patente³³. A maggiore tutela della sicurezza stradale la Corte ha fatto dunque venir meno uno dei caratteri che accompagna il provvedimento espressione del mutuo riconoscimento (ossia l'impossibilità per l'amministrazione di destinazione di verificarne la legittimità)³⁴. Ne è emerso, in conseguenza, un diverso modello decisionale. Sul punto le riflessioni di Nicola Bassi sono assai indicative, perché egli aveva ben compreso che questa giurisprudenza sarebbe potuta andare oltre un settore – quello delle patenti – tutto sommato marginale.

²⁹ Si pensi, ad esempio, a C. JOERGES-J. NEYER, *From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology*, in *Eur. Law Journal*, 1997, p. 273 s.; Id., *Rethinking European Law's Supremacy*, EUI Working Paper Law, n. 12/2005; Id., *The Idea of a Three-Dimensional Conflicts Law as Constitutional Form*, RECON OnlineWorking Paper, 5/2010).

³⁰ N. BASSI, *Il mutuo riconoscimento in trasformazione: il caso delle patenti di guida*, cit., pp. 1528-1594.

³¹ Art. 2, par. 1, direttiva 2006/126/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, concernente la patente di guida; in precedenza art. 1, par. 2, direttiva 91/439/CEE del Consiglio, del 29 luglio 1991, concernente la patente di guida.

³² Es. Corte di giustizia, sentenza del 19 aprile 2004, C-476/01 (Kapper), EU:C:2004:261.

³³ Es. Corte di giustizia, sentenza del 26 giugno 2008, C-329/06 e C-343/06 (Funk e altri), EU:C:2008:366.

³⁴ Per una rassegna aggiornata della giurisprudenza europea in materia si vedano M. RUFERT, *Verwaltungsrecht im Europäischen Verwaltungsverbund*, in *Die Verwaltung*, 2015, spec. pp. 551-555 e, in precedenza, M. SZYDŁO, *EU Legislation on Driving Licences: Does It Accelerate or Slow Down the Free Movement of Persons?*, in *German Law Journal*, 3/2012, p. 346 ss.

Ciò, infatti, è poi accaduto in vari campi. Si pensi alla nuova disciplina dell'immissione in commercio di prodotti contenenti OGM (non destinati all'alimentazione) dettata dalla direttiva 2015/412 (che modifica la direttiva 2001/18/CE)³⁵. In base a questa normativa, oltre a poter sollevare un'obiezione all'immissione in commercio di un OGM (nel corso del procedimento autorizzatorio), attraverso un sistema piuttosto complesso, gli Stati possono fare in modo che il loro territorio, o parte di esso, sia escluso dalla coltivazione del prodotto candidato per motivi, tra l'altro, di politica ambientale, di pianificazione urbana e territoriale, di impatto socio economico. In sostanza, ciascuno Stato può oggi sottrarsi all'effetto transnazionale, senza che ciò dia luogo a un conflitto amministrativo e che quindi la Commissione possa emanare una decisione vincolante per gli Stati membri³⁶. Non si tratta – è bene precisarlo – di casi isolati, come è dimostrato, ad esempio, dalla nuova disciplina dell'immissione in commercio di prodotti fitosanitari³⁷.

Il secondo sviluppo è per certi versi opposto al precedente: in alcuni settori il meccanismo del mutuo riconoscimento decentrato è stato sostituito da decisioni della Commissione o di altri organismi europei, ossia da forme di accentramento.

Gli esempi sono piuttosto cospicui. Si pensi alla nuova disciplina delle autorizzazioni allo svolgimento delle attività creditizie nell'eurozona che sono ora rilasciate dalla Banca Centrale Europea³⁸. I provvedimenti abilitativi nella disciplina previgente, come noto, erano rilasciati invece dagli Stati membri e producevano automaticamente effetti transnazionali (cd. *European passport*)³⁹. Allo stesso modo di recente sono state attribuite all'Agenzia europea per le ferrovie una serie di funzioni autorizzatorie che in precedenza spettavano alle amministrazioni nazionali e che si traducevano in atti con effetti transnazionali⁴⁰.

A questo riguardo è però necessario un chiarimento. In queste ipotesi, il legislatore europeo ha inteso semplificare la regolamentazione di alcuni segmenti del mercato unico che si era dimostrata complessa e farraginoso, anche a causa di un eccesso di pluralismo amministrativo (e di diversità nelle prassi nazionali)⁴¹. Coerentemente con la giurisprudenza della Corte di giustizia, l'attribuzione di competenze alle amministrazioni europee (a scapito di quelle nazionali) ha sinora riguardato solo provvedimenti che producono effetti per tutto

³⁵ Direttiva (UE) 2015/412 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 marzo 2015, che modifica la direttiva 2001/18/CE per quanto concerne la possibilità per gli Stati membri di limitare o vietare la coltivazione di organismi geneticamente modificati (OGM) sul loro territorio.

³⁶ Cfr. es. M. PORPORA, *Gli OGM e la frammentazione della governance nel settore alimentare*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, p. 1661 ss., spec. p. 1678 ss.

³⁷ Regolamento (CE) n. 1107/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 ottobre 2009, relativo all'immissione sul mercato dei prodotti fitosanitari.

³⁸ Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio, del 15 ottobre 2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi.

³⁹ Direttiva 2006/48/CE.

⁴⁰ Regolamento (UE) 2016/796 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2016, che istituisce un'Agenzia dell'Unione europea per le ferrovie. Per un'argomentazione più dettagliata si veda L. DE LUCIA, *From Mutual Recognition To Eu Authorization: A Decline Of Transnational Administrative Acts?*, in *Italian Journal of Public Law*, 1/2016, p.104 ss.

⁴¹ Cfr. es. E. SCHMIDT-ASSMANN, *Perspektiven der Europäisierung des Verwaltungsrechts*, in *Das Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase*, quaderno speciale n. 10 di *Die Verwaltung*, a cura di P. AXTER-B. GRZESZICK-W. KAHL-U. MAGER-E. REIMER, 2010, p. 263 ss., spec. p. 272 ss., il quale mette in luce come il pluralismo amministrativo possa dare luogo a forme di sfiducia tra le diverse amministrazioni.

il mercato europeo e che presuppongono accertamenti tecnici complessi⁴². Il legislatore europeo non è invece intervenuto in modo così drastico sulla disciplina di atti transnazionali che riguardino le relazioni tra due o tre Stati (es. il trasporto transfrontaliero dei rifiuti o l'immissione in commercio dei farmaci)⁴³. Non si deve poi trascurare che queste forme di accentramento, pur semplificando notevolmente i processi decisionali, continuano a fondarsi generalmente su articolati strumenti di collaborazione con le autorità statali attraverso la previsione di tecniche deliberative. In sostanza, queste discipline rafforzano il momento unitario, senza però sopprimere il pluralismo amministrativo.

Il nuovo assetto semplifica ovviamente anche la soluzione del problema della tutela dei diritti (compresi quelli dei terzi).

4. Conclusioni

Il volume sul mutuo riconoscimento si chiude con l'invito al giudice amministrativo italiano ad *«abbandonare retaggi ricostruttivi di sapore antico per avvalersi di strumenti alternativi ispirati a una logica di più consapevole confronto con l'evoluzione sostanziale del contesto complessivo entro cui la funzione giurisdizionale si trova inserita ...»*⁴⁴.

Questa affermazione dà conto non solo della cifra dello studio sul reciproco riconoscimento, ma anche della cifra dello studioso. Nicola Bassi è stato un osservatore attentissimo della realtà e ha cercato di interpretare le più interessanti linee di trasformazione del diritto vigente e di individuare costruzioni giuridiche adeguate o, come in questo caso, una regolazione soddisfacente e coerente con il sistema. Si pensi, per fare altri due esempi, agli studi sugli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo o a quelli sul demanio planetario.

Ciò dimostra come egli sia stato un grande innovatore.

⁴² Es. Corte di giustizia, sentenza del 6 dicembre 2005, C-66/04 (Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord/ Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea), EU:C:2005:743.

⁴³ Regolamento (CE) n. 1013/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2006, relativo alle spedizioni di rifiuti. In realtà, in materia di farmaci, si è assistito a un certo livello di accentramento delle procedure, pur rimanendo inalterata la competenza (in prima battuta degli Stati membri): cfr. artt. 28 ss., dir. 2001/83.

⁴⁴ N. BASSI, *op. cit.*, p. 124.

Gli accordi amministrativi nella produzione scientifica di Nicola Bassi

di **Fabrizio Fracchia**

SOMMARIO: 1. Premessa: gli accordi nel quadro degli studi di Nicola Bassi. – 2. Una sintesi del volume di Nicola Bassi sugli accordi nel diritto europeo: la possibilità di stipulare figure pattizie. – 3. *Segue:* la natura degli accordi e il regime giuridico. – 4. Una riflessione finale sulla monografia di Nicola Bassi. – 5. Lo studio degli accordi “tradizionali”, ambientati nel contesto nazionale e disciplinati dalla legge n. 241/1990.

1. Premessa: gli accordi nel quadro degli studi di Nicola Bassi

In seno alla Sua copiosa produzione, Nicola Bassi si è occupato diffusamente di accordi nell’ambito del diritto amministrativo, trattando sia di quelli stipulati tra amministrazioni, sia delle figure pattizie che coinvolgono enti e privati¹.

L’istituto dell’accordo è stato da Lui analizzato sotto profili assai diversi tra di loro, non solo nella prospettiva classica, che pure ha percorso con profondità e rigore (studiando la disciplina di cui agli artt. 11 e 15, legge n. 241/1990), ma anche adottando un punto di vista del tutto peculiare, quello europeo, consegnandoci un importantissimo contributo con il volume *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, 2004.

Giova ripercorrere le scansioni essenziali dell’argomentazione sviluppata nel lavoro monografico appena ricordato.

L’A. sottolinea come la figura dell’accordo tra soggetti pubblici, impiegata in chiave interna soprattutto come strumento necessario a fronte della proliferazione dei centri di potere per salvaguardare l’unità dell’ordinamento, in prospettiva europea abbia giocato un ruolo di raccordo nell’ambito di una rete policentrica, dunque per creare “unità”, accompagnando il processo di integrazione.

¹ *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di esperienza fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte: profili generali (prima parte)*, in *Il diritto dell’economia*, Modena, 2001, pp. 631-664; *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di esperienza fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte: profili procedurali e contenutistici (seconda parte)*, in *Il diritto dell’economia*, Modena, 2002, pp. 53-91; *Gli accordi di programma dopo un decennio abbondante di esperienza fra questioni ormai superate e problematiche ancora aperte: profili di tutela giurisdizionale (terza parte)*, in *Il diritto dell’economia*, Modena, 2002, pp. 287-316; *Accordi amministrativi*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 81-90; *Accordi nel diritto comunitario*, in M.P. CHITI-G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo comunitario. Parte speciale*, I, 2^a ed., Milano, 2007, pp. 1-24; *Accordi amministrativi verticali e orizzontali: la progressiva ibridazione dei modelli*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007, pp. 453-473; *Gli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, Roma, 2010, pp. 560-572.

È di immediato interesse osservare che la cornice di riferimento, testé delineata siccome tratteggiata all'inizio del lavoro, è destinata a essere sviluppata nel corso della monografia fino a diventare la chiave esplicativa della possibilità stessa di stipulare accordi, i quali, annoverati tra gli strumenti utili ad assicurare quella unità, esigono uno statuto giuridico che consenta loro di potere assolvere questo ufficio e di esplicare questa funzione.

Tre sono comunque i problemi che Bassi si propone di risolvere.

Il primo è quello della possibilità stessa per gli enti di stipulare siffatta tipologia di accordi, caratterizzati dal fatto che la relazione giuridica che essi fondano supera i confini nazionali. Al riguardo, Bassi fornisce numerosi esempi concreti che confermano l'importanza e l'estensione del fenomeno pattizio oggetto della sua indagine e inizia a mettere a fuoco uno dei problemi principali della stessa, e, cioè il tema del rilievo della capacità giuridica dei soggetti pubblici.

Il secondo e il terzo snodo problematico attengono alla qualificazione degli accordi e al regime loro applicabile.

Una prima osservazione si impone: sono, questi, gli stessi problemi generali che la dottrina nazionale ha tradizionalmente affrontato in relazione agli accordi di diritto interno prima dell'entrata in vigore della legge n. 241/1990; siffatti problemi, tuttavia, vengono calati in un ordinamento sovranazionale, il che rende più articolata e complicata (e interessante) l'analisi.

2. Una sintesi del volume di Nicola Bassi sugli accordi nel diritto europeo: la possibilità di stipulare figure pattizie

Nicola Bassi procede a un accurato censimento dei casi in cui il "metodo sostanziale dell'accordo pubblico di coordinamento" viene utilizzato nel diritto UE; si impegna quindi in un'analisi minuziosa delle fonti e della giurisprudenza, trovando svariate conferme all'ipotesi di base secondo cui nel contesto europeo certamente si ammette che mediante accordo (stipulato tra amministrazioni nazionali, tra queste e le istituzioni europee o tra queste ultime) si disciplini l'esercizio di competenze pubblicistiche.

Rilevato che il diritto europeo considera propri soggetti (e, dunque, ne riconosce la soggettività) non solo gli Stati, ma anche altre entità giuridiche ed enti pubblici nazionali (come accade, ad esempio, nel settore delle agevolazioni creditizie o nel campo degli appalti), l'A. riprende il quesito circa l'ammissibilità che l'ordinamento europeo estenda la capacità delle amministrazioni nazionali, consentendo alle stesse di stipulare accordi. Sul punto, conclude con sicurezza nel senso che siffatto ordinamento riconosce a soggetti pubblici nazionali legittimati dal diritto interno la capacità di vincolarsi mediante la conclusione di strumenti convenzionali rilevanti sul piano dell'ordinamento europeo medesimo.

A questo punto, apparentemente e superficialmente appagato, potrebbe arrestarsi il giurista che si limita a descrivere i fenomeni che indaga.

Questo risultato non soddisfa invece uno studioso della tempra di Nicola Bassi, inquieto, curioso e preoccupato di "costruire" e di plasmare gli istituti giuridici più adatti a inquadrare quei fenomeni. Come giustificare giuridicamente questa estensione di capacità? Come ricondurla ai principi e ai paradigmi giuridici?

In primo luogo, Egli coglie immediatamente un corollario dell'analisi già condotta: l'amministrazione che attua il diritto europeo viene collocata in un quadro ordinamentale che ne diminuisce la dipendenza rispetto al diritto interno e ne aumenta la soggezione a quello sovranazionale.

Per altro verso, e soprattutto, con uno scarto efficace e brillantissimo, unitamente al principio dell'effetto utile, risolve il problema applicando – dunque in chiave non già funzionale, ma organizzativa – quella teoria dei poteri impliciti che tanto aveva studiato in altri lavori scientifici².

E tale impiego trova per Bassi giustificazione in ragione del fatto che ciò non comporta, né implica, a suo giudizio, una limitazione ai diritti dei privati, aspetto che forse potrebbe essere sottoposto a un processo di falsificazione/verificazione, ma che certamente l'A. consapevolmente ed efficacemente valorizza.

Le amministrazioni nazionali impegnate nel perseguimento di finalità comunitarie, dunque, devono essere titolari di tutte le competenze necessarie per conseguire gli obiettivi assegnati dall'ordinamento, compresa la facoltà di concludere accordi, sicché, ad esempio, neanche una norma nazionale potrebbe limitare la capacità degli enti "interni".

Bassi risolve poi agevolmente un ulteriore profilo problematico: posto che il meccanismo di estensione della capacità opera in presenza di un collegamento con l'ordinamento europeo, occorre definire un criterio per giustificare l'ascrizione all'ambito di rilevanza comunitaria. Esso viene individuato in ragione della sussistenza di un vincolo finalistico nella prospettiva della sussidiarietà europea.

In conclusione, la dottrina dei poteri impliciti ha l'effetto di legittimare la possibilità di concludere accordi transnazionali là ove essi siano in concreto strumentali all'obiettivo comunitario.

3. *Segue: la natura degli accordi e il regime giuridico*

Bassi si volge poi all'analisi della natura degli accordi.

Intanto, Egli scarta la tesi dell'accordo di diritto internazionale pubblico, condivisibilmente sottolineando come sussista un ordinamento europeo che li riconosce e che ha la capacità di esprimere proprie qualificazioni. Non è dunque necessario o opportuno guardare al diritto internazionale: si è in presenza, infatti, di un accordo di diritto comunitario di ambientazione pubblicistica (questa parte della sua argomentazione complessiva è di estremo interesse perché si nutre dell'intenso dialogo con la dottrina francese, italiana e spagnola).

² *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; ma vedi anche: *Le competenze decisorie del giudice amministrativo fra principio di legalità e tecniche di attribuzione in via pretoria di potestà innominate*, in *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2000, pp. 453-532; *Commento all'art. 34*, in V. ITALIA (coord.), *Testo unico degli enti locali. Volume I. Ordinamento istituzionale. Tomo I. Commento agli articoli 1-87 del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267*, Milano, 2000, pp. 397-422; *A volte (per fortuna) ritorna: il principio di legalità dell'azione amministrativa fra regole costituzionali e norme comunitarie*, in *Foro Amministrativo – TAR*, 2002, pp. 1900-1913; *Poteri amministrativi di regolazione e principio di legalità nella recente giurisprudenza*, in E. FERRARI-M. RAMAJOLI-M. SICA (a cura di), *Il ruolo del giudice amministrativo per il funzionamento dei mercati*, Torino, 2006, pp. 287-298; *Principio di legalità e principio di certezza del diritto a confronto nella regolazione amministrativa dei servizi di interesse economico generale*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, pp. 157-175.

Anche negando la tesi secondo cui si tratterebbe di contratti di diritto internazionale privato (cui seguirebbe l'applicazione del diritto internazionale privato), guardando alla giurisprudenza della Corte di giustizia e in ragione della sussistenza di un modello comune (assai interessante è anche il passaggio in cui Bassi afferma che una regola comune può identificarsi a partire dalla sua presenza in un certo numero di Stati), l'A. costruisce una categoria concettuale propria del diritto europeo che recepisce i tratti caratterizzanti delle figure nazionali.

Siamo al cospetto di una vera e propria operazione di "attrazione logico sistemica" verso una nozione europea, che, chiudendo un cerchio immaginario, inquadra la fattispecie (che "serve" alla integrazione europea) nelle categorie di qualificazione offerte dal diritto europeo.

Di sicuro interesse è lo sforzo di trasporre su questo piano ordinamentale istituti propri di alcuni Stati dell'area europea, senza smentirne la collocazione comunitaria e senza dover evocare il diritto internazionale pubblico o quello privato: pur se il diritto europeo non rinviene al suo interno una categoria espressa per inquadrare le fattispecie, quell'ordinamento è in grado di colmare eventuali lacune in modo autonomo (autopoietico, direbbe Luhmann), con l'ausilio dello strumento integrativo dei principi generali comuni agli stati membri.

In altri termini, l'ordinamento europeo qui opera non già per integrare la capacità delle soggettività (profilo che l'A. aveva analizzato in precedenza per fondare il potere di stipulare accordi e per giustificare un allargamento della capacità degli enti), ma per forgiare una categoria cui ricondurre gli atti pattizi che generino relazioni in grado di superare i confini nazionali, in quanto rilevanti nel contesto europeo.

Ciò consente, in definitiva, di dare evidenza e sistemazione teorica al fenomeno in forza del quale competenze pubblicistiche sono oggetto di pattuizioni.

Superato questo snodo teorico essenziale, l'A. procede a vagliare le conseguenze della natura pubblicistica degli accordi (trattando, ad esempio, dell'opponibilità a terzi della decisione e dell'applicazione di principi quali l'obbligo di motivazione, la leale cooperazione, il legittimo affidamento e la proporzionalità), affrontando anche, in una parte in cui mostra tutta la propria abilità di giurista di diritto positivo, i profili di tutela e di giurisdizione.

4. Una riflessione finale sulla monografia di Nicola Bassi

L'operazione di sistemazione teorica affrontata da Nicola Bassi si presentava non agevole per la presenza di problemi specifici e ulteriori rispetto a quelli tradizionalmente analizzati dalla dottrina che si è occupata di accordi nel diritto interno. Basti citare la diversa finalità degli accordi nel contesto europeo e, soprattutto, l'assenza di una norma esplicita in grado di fondare il potere dei poteri pubblici di stipulare accordi.

Ciò osservato in generale, il percorso argomentativo sviluppato dall'A. si caratterizza per alcune peculiarità di sicuro interesse.

Intanto, Egli lascia la questione della qualificazione della figura al termine del percorso medesimo; la sua preoccupazione, piuttosto, è quella di non arrestarsi alla descrizione del fenomeno, impegnandosi invece a "costruire" concetti e categorie, facendo ricorso a istituti giuridici, quali il modello dei poteri impliciti, già noti, ma innovativamente impiegato; infine, invoca l'ausilio dello strumento integrativo dei principi generali comuni agli Stati membri.

Per altro verso, l'A. ricorre copiosamente all'analisi comparata, implicitamente aderendo all'idea che la comparazione, più che una materia, è un metodo; procede prestando minuziosa attenzione a tutti i formanti normativi disponibili, alle peculiarità del diritto europeo, accennando al diritto globale e svolgendo efficaci considerazioni di sintesi.

Professa poi la perdurante validità della distinzione tra regime di diritto pubblico e regime di diritto privato anche a livello europeo.

La statura dello studioso in ogni caso, si rivela fin dall'esordio della trattazione, là dove individua chiaramente metodo, oggetto e obiettivi dell'analisi: a tale ultimo riguardo, non è chi non veda come Bassi sia non tanto interessato al regime della figura dell'accordo (anche se poi individua correttamente le ricadute pratiche della ricostruzione, ad esempio trattando della revoca), quanto preoccupato di "abilitare" gli enti pubblici a versare l'esercizio di una competenza pubblicistica nell'oggetto contratto.

Quanto allo stile, esso è molto elegante, sempre preciso e efficacemente asciutto.

Il lavoro di Nicola Bassi è di grande interesse anche perché sollecita lo studioso a estendere il raggio della riflessione anche al di là degli specifici confini tracciati nel volume. Tra i molteplici esempi ipotizzabili, sia consentito accennare a uno specifico filone di analisi, quello incentrato sulla questione – non immediatamente rilevante per un Autore, come Bassi, il cui dichiarato programma di ricerca era quello di indagare i soli accordi utili ad accompagnare l'integrazione europea – dell'applicazione di norme ultraeuropee a fattispecie pattizie stipulate da entità "europee" o "nazionali" (compresi enti pubblici) e al problema di qualificare (questa volta anche) nel diritto internazionale (che di norma si applica agli Stati) i relativi accordi. Al netto di molte differenze (in particolare, in quel contesto, con gli accordi stipulati da enti pubblici, quali di norma intercorrono con privati), questa tematica è di estremo interesse e molto variegata. Essa, infatti, investe temi che vanno dalla definizione di soglie minime, come accade nel GPA, ai meccanismi del rinvio da parte di norme interne a formanti internazionali o alla disciplina posta da organizzazioni internazionali (le quali possono essere a vocazione universale – ad es. ONU– o regionali, come nel caso della NATO). In ogni caso, le fattispecie pattizie qui rilevanti possono essere qualificate dal punto di vista "interno" (e il riferimento essenziale, per le amministrazioni italiane, è costituito dal codice dei contratti) o "esterno". Sotto quest'ultimo profilo, si può ipotizzare un'analisi con cadenze analoghe a quelle proposte da Bassi, anche se occorre distinguere (e duplicare il livello di indagine distinguendo) tra contesto internazionale ed europeo.

Sotto il profilo interno, ad esempio, non si ravvisa una ritrazione completa da parte del nostro ordinamento. Rileva al riguardo il principio generale espresso dall'art. 4, d.lgs. n. 50/2016: *«l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica»*. Si tratta di un'importante norma (dettata in generale per tutti i contratti esclusi, ma) che finisce per diventare un momento di raccordo tra diritto elaborato in sede ultrastatale e contesto interno, imponendo che quella regolazione risulti sempre filtrata dai principi nazionali.

Quelle figure pattizie (e, a monte, la relativa regolamentazione) potrebbero poi rilevare anche per gli altri ordinamenti e, in particolare, essere considerate nella

prospettiva della compatibilità con il diritto internazionale, pur se in quell'ambito manca quella tensione al coordinamento e all'integrazione che caratterizza l'ordinamento europeo. Gli accordi, cioè, non sono strumentali rispetto all'obiettivo di garantire l'unità dell'ordinamento internazionale. Per altro verso, il diritto internazionale non pare ancora così maturo da esprimere in modo generale e in maniera autopoietica la capacità degli enti nazionali e la natura delle pattuizioni.

Nel contesto europeo, comunque, la Corte di giustizia, nella sentenza sul caso *Racke* (Corte Giust. CE, 16 giugno 1998 in C-162/96, *Racke*, punto 46), ove un privato aveva messo in discussione la validità, con riguardo alle norme del diritto internazionale consuetudinario, di un regolamento che sospendeva le concessioni commerciali conferite da un accordo, ha affermato che «*le norme del diritto consuetudinario internazionale relative alla cessazione e alla sospensione delle relazioni convenzionali a motivo del cambiamento fondamentale delle circostanze vincolano le istituzioni della Comunità e fanno parte dell'ordinamento giuridico comunitario*».

Nella prospettiva internazionale (a tacere qui del caso specifico della CEDU), ove la disciplina interna (compreso il cit. art. 4) o europea dovesse confliggere con un obbligo internazionale, si aprirebbe (ma è percorso arduo e complesso) la via alle misure di *compliance*, talune delle quali eccezionalmente attivabili – perché previste dall'accordo internazionale – anche da parte del privato, dunque, in grado astrattamente di interferire anche con le decisioni assunte da giudici interni.

In generale, comunque, ritornando all'ottica del giurista nazionale, il caso del formante sovranazionale in relazione al settore specifico dei contratti delle amministrazioni dimostra che l'"atterraggio" nel nostro ordinamento del diritto internazionale (e dell'altro "materiale globale") rilevante per quei contratti è attenuato (in virtù di vari filtri e di una collocazione "peculiare" delle fonti interne che lo riproducono, subordinate rispetto alla Costituzione e al diritto europeo: le fonti internazionali intercettano il nostro ordinamento attraverso numerose norme, tra cui giova in particolare ricordare gli artt. 10, 11, 80 e 117, comma 1, Cost.), mentre, dal punto di vista esterno, quel diritto non ha molte possibilità di incidere direttamente (né esso predispone in linea di principio strumenti di tutela attivabili a istanza dei privati) sui singoli rapporti contrattuali.

Abbandonando questo ordine di considerazioni, mi piace infine ricordare un ultimo passaggio del volume, quello in cui si afferma che la scelta tra due tesi è comunque ispirata a criteri di stampo metagiuridico, dipendenti in definitiva dai personali convincimenti di ciascuno e, quindi, condivisibili nella misura in cui siano condivise le premesse logiche e ideologiche delle stesse.

Così è la scienza e così ragiona lo scienziato, anche se spesso la scienza e lo scienziato fingono di scordare questa essenziale raccomandazione.

5. Lo studio degli accordi tradizionali, ambientati nel contesto nazionale e disciplinati dalla legge n. 241/1990

Lo studio degli accordi disciplinati dalla legge n. 241/1990 (ci si riferisce, in particolare, alla voce *Accordi amministrativi*, scritta per il *Dizionario di diritto pubblico*) si segnala per le stesse caratteristiche e rispetta i medesimi standard qualitativi esibiti dal lavoro monografico, pur prestando ossequio allo stile tipico del diverso genere letterario.

Intanto, l'A. pone l'accento sulla piena vincolatività degli accordi di cui alla legge n. 241/1990 e riconduce siffatto vincolo direttamente alla pattuizione e non già ad altri atti amministrativi prodromici.

Procedendo all'analisi degli accordi con i privati, non manca poi il consueto, disincantato e profondo sguardo sulla realtà, posto che Nicola Bassi riconosce che, spesso, l'accordo non è il frutto di una genuina trattativa, risultando viceversa unilateralmente predisposto dall'amministrazione, con la conseguenza che il privato deve semplicemente ad esso aderire, quasi si trattasse di una specie di condizione per ottenere l'utilità finale avuta di mira.

L'A. si volge quindi a considerare la natura degli accordi, tema che affronta valorizzando, in relazione al regime giuridico, il profilo della compatibilità dei principi di diritto comune (così recita l'art. 11: «*ad essi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili*») e, soprattutto, l'istituto del recesso.

A tale ultimo riguardo è di interesse notare che, secondo Bassi, il potere di recedere va riconosciuto in capo al soggetto pubblico anche nei casi di accordi tra amministrazioni, fattispecie disciplinata dall'art. 15, legge n. 242/1990, che pure sul punto tace e non richiama il pertinente frammento normativo di cui all'art. 11: rifacendosi alla giurisprudenza, egli conclude nel senso che il mancato rinvio da parte dell'art. 15 significa semplicemente che non sussiste il diritto all'indennizzo (aderendo alla tesi della c.d. "vincolatività doppiamente attenuata" degli accordi tra enti).

L'accento disvela e conferma un ulteriore carattere costante del metodo dell'A., che riserva un'attenzione meticolosa (ancorché sempre sorvegliata e critica) alla giurisprudenza.

In ogni caso, dalla qualificazione pubblicistica degli accordi Nicola Bassi deduce coerentemente alcuni importanti corollari, quali il carattere funzionalizzato della facoltà di recesso, la sua sindacabilità, la sussistenza di limiti all'autonomia delle parti (in ordine al contenuto delle pattuizioni versate nell'accordo) e l'impossibilità di disporre con accordo più di quanto si potrebbe realizzare con un atto unilaterale.

Vengono poi attentamente approfondite le tematiche processuali e risulta definito il campo di applicazione dell'istituto di cui all'art. 11. L'A. conclude, in ciò pure giovandosi dell'interpretazione analogica, nel senso che la relativa disciplina vada rispettata pur in assenza di un procedimento su cui l'accordo si possa innestare e ancorché si tratti dei procedimenti di cui all'art. 13, legge n. 241/1990.

Quanto agli accordi ex art. 15, riconoscendone la valenza generale a condizione che ricorra il consenso necessario dei soggetti, Nicola Bassi esclude che a tale figura possano ricondursi le decisioni adottate in sede di conferenza di servizi (in effetti, in siffatto contesto, l'ansia di provvedere può portare a decisioni non unanimemente adottate; peraltro, la conferenza in linea di principio tende all'accordo e solo in seconda battuta consente di giungere alla determinazione finale pur in sua assenza; d'altro canto, nel fondare il potere di stipulare accordi, l'art. 15 esordisce statuendo «*anche al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 14 ...*»).

Solo al termine della trattazione, l'A. torna sulla natura (pubblica o privata) della figura, indugiano sulla decisione della Corte Cost. n. 204/2004, che, come noto, fa perno sulla spendita di potere autoritativo. L'ambientazione pubblicistica trova poi ulteriori motivi di supporto, tra l'altro, nella rilevanza dell'interesse pubblico e nella natura degli atti adottati durante lo svolgimento del rapporto.

Tutto ciò serve anche a tracciare una chiara linea distintiva rispetto all'attività contrattuale dell'amministrazione. Al riguardo, Nicola Bassi enuncia con sicurezza un criterio per qualificare casi dubbi: se la pattuizione incide sull'esercizio di un potere pubblico si ricade nell'ambito di applicazione dell'11, legge n. 241/1990; ove, viceversa, non si faccia questione dell'esercizio di un potere, la fattispecie va ricondotta al terreno del contratto. La raccomandazione finale (al solito, un salutare richiamo al pragmatismo) è quella di non limitarsi a considerare l'astratta attribuzione di un potere, che tendenzialmente si ricava sempre, dovendovi invece verificare la concreta interferenza provocata dalla pattuizione concordata sulle possibilità di scelta discrezionale.

In sintesi, si ritrovano anche in questo lavoro numerose analogie con il volume monografico: lo sforzo di giustificare una sorta di "tendenza espansiva" dell'istituto, la cui disciplina viene elevata a matrice giuridica generale applicabile a tutti i casi di pattuizione che investono poteri pubblici (non si può qui non ribadire come l'assenza di una norma espressa nel contesto europeo – situazione in fondo analoga a quella in cui versava la disciplina italiana prima della legge n. 241/1990 – abbia indotto Nicola Bassi a colmare nel lavoro monografico la lacuna indulgiando sul concetto di capacità); la chiarezza e la puntualità nell'esegesi delle norme, unite al costante confronto con la giurisprudenza; la completezza dell'indagine, che nulla trascura e sui molteplici particolari si sofferma; lo sforzo di inquadramento teorico; l'elaborazione di efficaci – e del tutto condivisibili – chiavi di lettura complessive (gli accordi tra amministrazione – soggetti tendenzialmente equiordinati – hanno carattere orizzontale; quelli con i privati, invece, sono di tipo verticale, perché coinvolgono soggetti reciprocamente sovraordinati e subordinati).

Molti di questi temi continuano a essere centrali nel dibattito scientifico.

Senza ovviamente dimenticare il fatto che Bassi si era occupato delle pattuizioni in relazione a operazioni di diritto pubblico e non già con riferimento a contratti privatistici, basti accennare alla questione della capacità (e della sua indole generale) degli enti pubblici alla luce delle norme limitative (ma non mancano innumerevoli deroghe) introdotte d.lgs. n. 175/2016 in materia di società, o, ancora, all'istituto della qualificazione dei soggetti pubblici introdotto dal d.lgs. 50/2016, ove si riconosce un ruolo essenziale all'Anac in ordine alla definizione della legittimazione a stipulare contratti.

Ancora, merita ulteriormente indulgiare sul criterio proposto dall'A. per distinguere l'area degli accordi tra enti pubblici da quella dei contratti. La disciplina europea e quella di cui al d.lgs. n. 50/2016 esprimono il principio (in sostanza collimante con la tesi di Bassi) secondo cui se la cooperazione tra due soggetti è retta unicamente da considerazioni ed esigenze connesse al perseguimento di obiettivi comuni di interesse pubblico la prestazione dedotta nella pattuizione non è qualificabile come appalto e trova applicazione il regime dettato dalla legge n. 241/1990.

Pienamente condivisibile è poi la conclusione della voce *Accordi amministrativi*: le questioni nominalistiche non dovrebbero mai oscurare quelle sostanziali, le uniche davvero decisive nella ricostruzione di un istituto.

Proprio in materia di definizioni, merita svolgere un ultimo cenno ad un ulteriore lavoro di Nicola Bassi (*Gli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento*, nel *Codice dell'azione amministrativa*, curato da M.A. Sandulli).

Innanzitutto va premesso che qui si ritrova il tipico approccio scientifico usato costantemente dall'A.: stile accattivante ed efficace, puntuale analisi esegetica del campo di applicazione degli istituti; *favor* per un'interpretazione estensiva della disciplina sugli accordi (in questo caso quella di cui all'art. 11,

legge n. 241/1990, applicabile a qualsiasi fattispecie consensuale), elevata a trama normativa riassuntiva di regole generali (anche perché ogni stipula di un documento convenzionale presuppone sempre un embrione di accordo); elaborazione di brillanti soluzioni ermeneutiche (con riferimento alla questione del contenuto discrezionale, si sottolinea che ciò che davvero rileva è il margine di opinabilità, rilevando lo stato di incertezza iniziale circa la decisione della pubblica amministrazione che normalmente inquieta preoccupa i privati; in ordine alla questione della compatibilità dei principi di diritto comune, Bassi definisce come impossibile e poco utile stilare un elenco aprioristico dei principi compatibili, dovendosi effettuare una verifica caso per caso).

La conclusione, tuttavia, è quella che qui mi preme richiamare, posto che Nicola va al cuore del dibattito che tanto ha appassionato la dottrina italiana, quello della natura pubblica o privata degli accordi, e individua le ragioni di diritto positivo e anche sistematiche (attinenti alla necessità di rispettare i vincoli funzionali) che militano a favore della prima. Archiviando forse definitivamente la discussione sull'uso del termine "contratto di diritto pubblico", Egli sottolinea che l'accorpamento del termine contratto alla specificazione di diritto pubblico sembra tuttora suscitare riserve non sopite in dottrina, sicché è preferibile scegliere una denominazione meno evocativa e meno problematica, quella di accordi amministrativi.

Anche da questo piccolo particolare si evince l'atteggiamento di uno studioso non aprioristicamente legato a schemi preconcepiuti, ma disposto a considerare punti di vista diversi e innovativi.

Dal profilo del giurista, cioè, emerge il tratto indimenticabile della persona generosa.

Nicola Bassi e il diritto globale*

di Diana-Urania Galetta

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. I servizi pubblici planetari. – 3. Il demanio pubblico planetario. – 4. Riflessioni conclusive.

1. Note introduttive

Nicola Bassi era un giurista raffinato e brillante. Ma era anche molto più di questo. Era, infatti, uno studioso che credeva nella potenza delle idee come strumento concreto per potere cambiare il mondo, in generale, e il mondo del diritto, in particolare.

Il diritto era infatti, per lui, Diritto con la D maiuscola: strumento non solo per “regolare”, ma anche per innovare; per accompagnare il cambiamento della società a fronte di nuove sfide.

In questo senso, mi sento fortunata oggi: perché mi è stato chiesto di illustrare la sua produzione scientifica sul tema della globalizzazione. E anche se si tratta, nella sostanza, di soli due scritti, questi due scritti mi paiono, in verità, sintetizzare al meglio l’approccio al diritto ed alla ricerca giuridica che ha caratterizzato lo studioso Nicola Bassi.

Come egli ci dice infatti, espressamente, nel contesto del suo brillante saggio sul Demanio Planetario¹, si tratta di «*privilegiare un approccio di analisi giuridica orientato a cercare di intuire possibili sviluppi futuri di carattere istituzionale piuttosto che ad accontentarsi della semplice esegesi del materiale normativo già disponibile*»².

Questo è, infatti, l’approccio più generale che ha caratterizzato lo studioso Nicola Bassi. Che, pur essendo uno studioso sempre attento e rigoroso nella ricerca ed «*esegesi del materiale normativo già disponibile*» – e quindi non propenso a librarsi in voli pindarici del tutto avulsi dai contesti normativi concreti – al contempo si è sempre mostrato interessato a guardare oltre, per cercare di intuire gli sviluppi futuri e rendersi utile, così, anche in una prospettiva de iure condendo.

* Contributo non assoggettato a referaggio anonimo.

Il presente contributo rappresenta la versione scritta della relazione da me presentata al Convegno dal titolo “Radici storiche e innovazione nel diritto amministrativo degli ultimi venti anni. Riflessioni sul pensiero scientifico di Nicola Bassi”, organizzata dal Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università di Milano-Bicocca il 6 novembre 2017. Ho mantenuto, volutamente, stile e impostazione propri di una relazione; così come ho scelto di non integrare i riferimenti bibliografici, limitandoli essenzialmente all’autore al quale questo contributo è dedicato: il compagno amico e collega Nicola Bassi.

¹ N. BASSI, *Il demanio planetario: una categoria in via di affermazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, pp. 619-646.

² N. BASSI, *Il demanio planetario*, cit., p. 623.

Con le brevi riflessioni che seguono tenterò dunque, per quanto molto rapidamente, di illustrare questo suo approccio sulla base dell'analisi, appunto, dei suoi due scritti specificamente dedicati al tema del diritto globale.

2. I servizi pubblici planetari

In un brillante saggio del 2009³ che ha ad oggetto l'analisi dell'organizzazione e fornitura di quello che lui definisce come «*autentici servizi pubblici di scala planetaria*»⁴, Nicola Bassi mette, anzitutto, in discussione l'assunto di partenza di coloro che descrivono la globalizzazione come un «*processo scarsamente istituzionalizzato, sostanzialmente dominato dagli appetiti famelici delle forze capitaliste*» e che quindi, di fatto, travolgerebbe «*gli argini eretti dai pubblici poteri a tutela degli interessi collettivi*»⁵. E lo fa tentando di illustrare, attraverso l'esempio delle reti satellitari, come si sia in realtà in presenza, in quello specifico contesto, di fenomeni caratterizzati da grande attivismo della sfera pubblica, che è intervenuta massicciamente allo scopo di supportare la nascita e il consolidamento di sistemi di telecomunicazione finali e strumentali.

Dall'esame di questi fenomeni concreti scaturisce una domanda per il giurista Nicola Bassi: l'esempio degli esistenti servizi pubblici imperniati sull'uso di reti satellitari e resi su scala planetaria è tale da fare emergere un modello di servizio pubblico planetario? E, se è così, quali sono le sue «*caratteristiche giuridicamente rilevanti*»⁶?

Rinvio, ovviamente, direttamente al suo scritto per l'analisi di questi servizi: dalla rete satellitare INTELSAT (in tutte le sue successive evoluzioni) ai servizi di geo-localizzazione del GPS e del GNSS (Global Navigation Satellite System). Analisi che egli compie sin nel dettaglio, nelle 35 dense pagine del suo saggio.

Quel che mi interessa invece, qui, mettere in luce sono le caratteristiche del «*servizio pubblico di scala planetaria*» che Nicola Bassi mette in evidenza nel suo scritto e che sono essenzialmente due: in primo luogo, l'obbligo di assicurare la fornitura di servizi predeterminati con continuità, nel rispetto di certi livelli quantitativi e qualitativi; e, in secondo luogo, l'obbligo di garantire l'accesso alla rete a chiunque ne faccia richiesta, indipendentemente dall'ubicazione geografica dell'utente, a condizioni eque e ragionevoli e senza operare discriminazioni⁷.

L'analisi si concentra poi, specificamente, sul concetto del c.d. obbligo di servizio pubblico: che è ovviamente l'elemento essenziale per potersi affermare l'esistenza del servizio pubblico planetario e che deve ovviamente basarsi sulla possibilità, da parte dei soggetti lesi, di ottenere tutela, pur nell'arena giuridica globale.

La conclusione a cui perviene Nicola Bassi è che, in fin dei conti, si è giunti in vari casi all'affermazione dell'idea di un servizio pubblico planetario

³ N. BASSI, *Modelli di servizi pubblici planetari: i casi di Intelsat e del Global Navigation Satellite System*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, pp. 903-937.

⁴ N. BASSI, *Modelli*, cit., p. 905.

⁵ N. BASSI, *Modelli*, cit., p. 903.

⁶ N. BASSI, *Modelli*, cit., p. 905.

⁷ N. BASSI, *Modelli*, cit., *passim*.

nel settore delle telecomunicazioni, attraverso la creazione anche di strutture organizzative deputate a garantire che siano «*appagati determinati bisogni collettivi di scala mondiale*»⁸. Ma si tratta – sempre e comunque – della assunzione di «*impegni internazionali*»⁹; e di strutture il cui ancoraggio internazionale «*culmina in un legame con l'Organizzazione delle Nazioni Unite*»¹⁰. Ed è questo l'elemento di maggiore rilevanza, che differenzia i servizi pubblici planetari dai più tradizionali servizi pubblici organizzati su scala nazionale: che, invece, «*dipendono integralmente da opzioni effettuate dagli ordinamenti statuali*»¹¹.

Quanto, invece, alle caratteristiche essenziali di questi servizi pubblici planetari in embrione, vale la pena di ricordare come egli sottolinei, fra l'altro, la emersione, nella relativa disciplina di diritto internazionale pubblico, di «*un'attività pubblicisticamente orientata a regime privatistico*»¹²: in linea (e forse addirittura in anticipazione) di quel trend di privatizzazione dei servizi pubblici che ha interessato tutti i Paesi dell'occidente industrializzato.

3. Il demanio pubblico planetario

Il secondo saggio, del 2011, tenta invece di fornire la risposta a due essenziali domande: 1) esiste un "patrimonio comune dell'umanità" inteso in senso tecnico: ossia un insieme di «*beni o utilità talmente rilevanti per il futuro dell'umanità da non poter lasciare la loro protezione e valorizzazione ai singoli Stati*»? E per i quali, quindi, si è stimato indispensabile (e sussiste) «*un regime quanto più possibile uniforme a livello mondiale*»¹³? 2) E, se questo esiste, quale è questo regime giuridico?

Sarò breve. Il saggio merita, infatti, non una mia sommaria descrizione, bensì un'autonoma lettura da parte di ciascuno degli studiosi oggi qui presenti.

Vi risparmierò, dunque, anche in questo caso, l'esame delle diverse Convenzioni internazionali che Nicola Bassi prende in esame nel suo scritto; per cercare di chiarire, invece, che cosa lui intendesse per "patrimonio comune dell'umanità inteso in senso tecnico" e, in ultima analisi, per demanio planetario.

Con l'espressione patrimonio comune dell'umanità (inteso in senso tecnico) egli intendeva riferirsi ad un insieme di beni ascrivibili «*se non "al" perlomeno a "un" patrimonio mondiale*» e «*soggetti ad un regime di proprietà pubblica di estensione planetaria*»¹⁴.

Con il che si passa all'idea dell'esistenza di una nozione di «*patrimonio pubblico sovranaZIONALE*»¹⁵. Ed il primo elemento che emerge come rilevante in questo contesto è, nell'opinione di Nicola Bassi, che vi sia la privazione degli Stati di una qualche «*porzione di sovranità*»¹⁶ in favore di un'autorità so-

⁸ N. BASSI, *Modelli*, cit., p. 924.

⁹ N. BASSI, *Modelli*, cit., p. 928.

¹⁰ N. BASSI, *Modelli*, cit., p. 931.

¹¹ N. BASSI, *Modelli*, cit., p. 936.

¹² N. BASSI, *Modelli*, cit., p. 933.

¹³ N. BASSI, *Il demanio planetario*, cit., p. 620.

¹⁴ N. BASSI, *Il demanio planetario*, cit., p. 621.

¹⁵ N. BASSI, *Il demanio planetario*, cit., p. 624.

¹⁶ N. BASSI, *Il demanio planetario*, cit., p. 624.

vranazionale: come è, ad esempio, il caso per l'Autorità internazionale dei fondi marini creata sulla base della Convenzione sul diritto del mare sottoscritta a Montego Bay, nel 1982, sotto l'egida dell'ONU¹⁷.

Ma questo elemento, a suo parere, ancora non è sufficiente. Il fatto che sussistano beni dichiarati «*patrimonio comune dell'umanità, inalienabili e sui quali nessuno Stato può esercitare o rivendicare diritti sovrani*»¹⁸ è un primo essenziale elemento che deve sussistere perché si possa anche solo immaginare di parlare di "patrimonio pubblico sovranazionale". Ma questo elemento da solo non basta. Occorre anche che l'autorità sovranazionale alla quale questi beni fanno capo sia in possesso di poteri prescrittivi che gli consentano l'apposizione di limiti positivi e negativi rispetto alla libertà di tutti gli Stati di utilizzare il bene. Non si deve cioè trattare, secondo Nicola Bassi, di poteri che egli definisce come di semplice «moral suasion» e «*con un valore sostanzialmente di tipo simbolico*»¹⁹.

Ed ecco che qui emerge la sua idea di diritto: che implica e presuppone che vi sia un elemento di prescrittività nelle relative regole.

La sussistenza di un elemento forte di prescrittività è, cioè, per Nicola Bassi, coessenziale all'idea stessa di diritto; sicché occorrerebbe cautela nel fare ricorso a concetti labili quali *soft law, nudging, moral suasion, etc.*; a cui io assimilerei ovviamente, oggi, anche tutta una serie di strumenti che sono considerati (a torto) più moderni rispetto all'*hard law* (duro e puro) e sono, perciò, ad esso preferiti da parte dei nostri moderni regolatori. Mi riferisco, evidentemente, all'esperienza delle varie "linee guida" ed a tutti gli altri strumenti ad esse assimilati ed assimilabili.

Nel caso specifico dell'Autorità creata dalla Convenzione di Montego Bay egli conclude peraltro che, diversamente da quanto avviene con rispetto ad altre Convenzioni prese in esame, questa ha saputo creare un'Autorità (l'Autorità internazionale dei fondi marini) che possiede tratti che sono tipici per le autorità nazionali di gestione di beni demaniali, essendo questa altresì in possesso di poteri propriamente amministrativi (poteri concessori, di ordine *etc.*).

In definitiva, tutta la sua struttura ed il suo modo d'azione sono improntati a quello che lui definisce come «*una logica integralmente pubblicistica*»: ivi compresa «*la radicale impossibilità di sottrarre le sue risorse alla destinazione di interesse pubblico loro impressa dalla convenzione di Montego Bay*»²⁰.

Sicché Nicola Bassi conclude che, nel caso dei beni oggetto della convenzione di Montego Bay, «*davvero si è in presenza di una forma di proprietà pubblica planetaria riconducibile in sostanza alla nostra idea di demanialità*»²¹; il che ne consente una utile «*differenziazione dalle semplici res communis e dai c.d. "global commons"*»²². Nel caso di specie si tratta, perciò, della vera e propria «*creazione di una forma di proprietà pubblica sovranazionale di natura essenzialmente demaniale rispetto a beni fisici capaci di generare utili-*

¹⁷ Si tratta della convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del mare, sottoscritta il 10 dicembre 1982 Montego Bay, in Giamaica e che si può leggere, fra gli altri, al link <http://www.minambiente.it/normative/convenzione-10-dicembre-1982-convenzione-delle-nazioni-unite-sul-diritto-del-mare-montego>.

¹⁸ N. BASSI, *Il demanio planetario*, cit., p. 630.

¹⁹ N. BASSI, *Il demanio planetario*, cit., p. 625.

²⁰ N. BASSI, *Il demanio planetario*, cit., p. 637 ss.

²¹ N. BASSI, *Il demanio planetario*, cit., p. 640.

²² N. BASSI, *Il demanio planetario*, cit., p. 642.

tà concrete che si vuole sottrarre a qualsiasi possibilità di appropriazione monopolistica»²³.

Il che appare peraltro in linea con l'obiettivo – al quale Nicola Bassi espressamente si riferisce nel suo saggio – di «*allocare presso le istituzioni internazionali più importanti (e, preferibilmente, di dimensione planetaria) l'assolvimento di compiti sempre più marcatamente orientati alla diffusione, in una logica solidaristica, del benessere fra tutti i popoli del globo»²⁴.*

4. Riflessioni conclusive

Secondo la condivisibile riflessione di uno dei massimi filosofi politici contemporanei, lo spagnolo Daniel Innerarity, uno dei problemi principali delle società moderne è che né l'educazione, né la politica, né il diritto sembrano in grado di sostenere i ritmi di un mondo globalizzato.

Nel suo bel saggio del 2009 dall'evocativo titolo «*El futuro y sus enemigos»²⁵, Innerarity sottolinea come l'attuale «indebolimento del senso di responsabilità»²⁶ in un mondo interconnesso fa sì che si debba giungere ad elaborare un concetto di “responsabilità globale”.*

Nella sua visione occorrerebbe, perciò, anche un'evoluzione politica: allo scopo di potere generare «*infrastrutture» (infraestructuras)* che siano in grado di occuparsi della gestione dei rischi collettivi, riducendo gli elementi di incertezza e generando quello che lui chiama «*fiducia collettiva» (confianza colectiva)* attraverso «*procedure di vigilanza che consentano la costruzione cooperativa del bene comune»²⁷.*

Nicola Bassi tutto questo lo aveva evidentemente già intuito quando si era approcciato allo studio del complesso fenomeno del diritto globale. E, infatti, in chiusura del suo bel saggio sul demanio planetario, egli traspone questa riflessione sul piano del diritto positivo riferendosi al problema oggetto del suo saggio relativo alla emersione, o meno, di un “patrimonio comune dell'umanità” inteso in senso tecnico.

Egli ci dice, a tale riguardo, che un “patrimonio comune dell'umanità” inteso in senso tecnico-giuridico (e che non abbia, quindi, una valenza meramente simbolica) deve possedere, fra i propri elementi essenziali, anche la presenza di un'Autorità che sia responsabile di garantire l'osservanza degli obblighi assunti dagli Stati e che sia dotata di «*adeguate attribuzioni»²⁸.*

Sicché, in ultima analisi, questo “patrimonio comune dell'umanità” inteso in senso tecnico-giuridico potrà forse contribuire all'emergere «*se non proprio di una forma di organizzazione politica mondiale di tipo statale, almeno di un embrione di struttura amministrativa di dimensione planetaria caratterizzata da una sufficiente compattezza e dalla sua preordinazione ad assumere funzioni*

²³ N. BASSI, *Il demanio planetario*, cit., p. 644.

²⁴ N. BASSI, *Il demanio planetario*, cit., p. 644.

²⁵ D. INNERARITY, *El futuro y sus enemigos. Una defensa de la esperanza política*, Editorial Paidós, Barcellona, 2009.

²⁶ Letteralmente: «*debilitación del sentido de responsabilidad»*, D. INNERARITY, *El futuro*, cit., p. 113. La traduzione è mia.

²⁷ D. INNERARITY, *El futuro*, cit., *passim*.

²⁸ N. BASSI, *Il demanio planetario*, cit., p. 642 s.

di governo in senso lato della società (funzioni, cioè, non solo di regolazione, ma anche di promozione del benessere)»²⁹.

E qui Nicola Bassi evoca, evidentemente, anche la distinzione di matrice tedesca (a lui ben nota) fra *Ordnungsverwaltung* e *Leistungsverwaltung*.

L'ampio ed articolato saggio di Nicola Bassi sul demanio planetario – che, come si è visto, è pieno di interessanti suggestioni – si chiude, infine, con un passaggio conclusivo che, come già ho detto in apertura, definisce il tratto di uno studioso attento e scrupoloso, ma che credeva nella potenza delle idee come strumento per potere cambiare il mondo, in generale, e il mondo del diritto in particolare. Il passaggio finale dello scritto (che mi astengo dal commentare, perché non necessità, a mio parere, di alcun aggiuntivo commento: essendo un esempio paradigmatico dell'acume e dell'ironia che caratterizzavano lo studioso Nicola Bassi) si avvia con la constatazione che «*la strada da percorrere*» – nella direzione della creazione di quella struttura amministrativa di dimensione planetaria atta ad assumere funzioni di governo in senso lato della società cui lui faceva poc'anzi riferimento – «*è indubbiamente lunghissima, le resistenze statuali da superare tuttora formidabili; e solo poco più dei primissimi passi sono stati finora compiuti: ma, in fondo, quanti alla vigilia della rivoluzione francese potevano seriamente immaginare che un giorno sarebbe stato possibile tagliare la testa a Luigi XVI?*»³⁰.

²⁹ N. BASSI, *Il demanio planetario*, cit., p. 645 s.

³⁰ N. BASSI, *Il demanio planetario*, cit., p. 646.

Ricordando Nicola Bassi nella sua ricerca della legalità in difficile coabitazione con i poteri impliciti

di Giuseppe Morbidelli

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Legalità formale e legalità sostanziale. – 3. I poteri impliciti: *vulnus* della legalità o applicazione di un criterio interpretativo? – 4. L'implicito e come criterio per ampliare la competenza e come criterio per individuare una nuova competenza. – 5. L'implicito nei provvedimenti amministrativi. – 6. Provvedimenti impliciti ma titolati dai principi dell'ordinamento amministrativo. – 7. Poteri impliciti o principi impliciti (*sans texte*)? – 8. Poteri impliciti per strumentalità o connessione e individuazione dei criteri limitativi a difesa del principio di tipicità. – 9. Conclusioni in ordine alla rete di contenimento a difesa del principio di legalità elaborata da Nicola Bassi.

1. Premessa

Il principio di legalità evoca l'araba fenice la quale, secondo il famoso verso di Metastasio, «*che vi sia ciascun lo dice, dove sia nessun lo sa*». Ed infatti la presenza del principio è indiscussa, ma sono controversi sia la radice costituzionale, sia i suoi confini, sia le sue componenti strutturali. E se la *querelle* sulla fonte costituzionale è in definitiva non dirimente, perché se vi sono dubbi sulla matrice del principio, non ve ne sono sulla sua presenza, discendendo dai principi della tutela giurisdizionale e da quello della primazia della legge e se si vuole dallo stesso principio di eguaglianza, gli altri profili sono oggetto di continuo dibattito, rivisitazione ed attenzione, come conferma l'accumularsi di letteratura in materia¹. In questa sede peraltro la nostra riflessione, sollecitata

¹ La bibliografia sulla legalità è sterminata. Per limitarci al principio di legalità con riferimento alla attività amministrativa preme richiamare: G. BERTI, *Dalla legalità formale alla legalità sostanziale*, in *Il diritto della Regione*, 1992, p. 623 ss.; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Cedam, Padova, 1966; G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 4; V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e giusto procedimento*, in *Giur. cost.*, 1962, p. 132; S. FOIS, voce *Legalità (principio di)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1973, p. 660; M.S. GIANNINI, *Sulla tipicità degli atti amministrativi*, in AA.VV., *Scritti in memoria di A. Piras*, Milano, 1996, p. 319 ss.; R. GUASTINI, voce *Principio di legalità*, in *Dig. Disc. pubbl.*, vol. IX, Utet, Torino, 1994; F. LEVI, voce *Legittimità amministrativa*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, p. 136; F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Il Mulino, Bologna, 2007; F. MERUSI, *La legalità amministrativa*, Il Mulino, Bologna, 2012; F. MERUSI, *La legalità amministrativa fra passato e futuro. Vicende italiane*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 703-777; G. MORBIDELLI, *Principio di legalità e provvedimenti amministrativi impliciti*, in G. ACOCELLA (a cura di), *Materiali per una cultura della legalità*, Giappichelli, Torino, 2017; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 22 ss.; ALB. ROMANO, *Il principio di legalità nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Annuario dell'Associazione Italiana dei costituzionalisti (A.I.C.)*, *Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Cedam, Padova, 1999, p. 45; F. SATTA, *Principio di legalità e pubblica amministrazione nello Stato democratico*, Cedam, Padova, 1966; F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, VI aggiornamento, Giuffrè, Milano,

dalla rilettura della monografia di Nicola Bassi (e che si tratti di una rilettura è dimostrato da un mio scritto del 2007, ove più volte essa viene citata²) riguarda la sola “legalità amministrativa”, ovvero il rapporto tra tale principio e l’attività nella pubblica amministrazione. Sul punto le indicazioni costituzionali sono precise e convergenti: *in primis* l’art. 97, secondo cui i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge e nell’ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità dei funzionari e di conseguenza anche i confini e i contenuti dei poteri, e l’art. 113, che nell’assicurare la piena tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione ne conferma la sottoposizione al principio di legalità.

2. Legalità formale e legalità sostanziale

Tradizionalmente si afferma che nei confronti dell’amministrazione il principio di legalità costituisce un doppio limite. Il primo, c.d. limite esterno, significa che l’amministrazione deve osservare la legge, il secondo, c.d. limite interno, significa che l’amministrazione può fare solo ciò che la legge consente e autorizza. Fino a qui tutto lineare, se non al limite dell’ovvio. Il problema sorge quando ci si domanda: come, o meglio, fino a che punto la legge deve regolare l’attività dell’amministrazione. Sempre secondo la tradizione, si distingue tra legalità formale e legalità sostanziale. La legalità formale si esaurisce nell’attribuire la competenza, mentre il sintagma legalità sostanziale intende esprimere la regola per cui è la legge a dettare anche la disciplina dell’agire amministrativo, che è così non solo previsto dalla legge e subordinato alla legge, ma da questa è diretto e conformato. In altri termini, la legalità sostanziale si avvicina alla riserva di legge (relativa) nel senso che richiede la predisposizione da parte della legge dei criteri e dei principi direttivi entro cui l’azione amministrativa deve inverarsi: e non a caso da molti essa viene radicata nell’art. 23 Cost.. È appena il caso di avvertire che legalità sostanziale non significa

2002, spec. p. 85 ss.; D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell’atto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2007, p. 419 ss.; B. SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia, La prospettiva storica*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 1 ss.

Per quanto concerne la formazione e la funzione dei principi generali del diritto amministrativo, sono da ricordare quantomeno: S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritti e come amministratore*, in *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 3 ss.; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Giuffrè, Milano, 1993; F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell’azione amministrativa*, in ALB. ROMANO (a cura di), *L’Azione amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2016, spec. pp. 11-26; E. GARCIA DE ENTERRIA, *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, Editorial Civitas, Madrid, 1984; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, in AA.VV., *Cinquant’anni di esperienza giuridica in Italia*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 366 ss.; G. GUARINO, *Qualche riflessione sul diritto amministrativo e sui compiti dei giuristi*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, IV, Cedam, Padova, 1974, p. 2671 ss.; M. LETOURNEUR, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du C.E.*, in *Conseil d’État, Études et Documents*, Imprimerie Nationale, Parigi, p. 1951, p. 19 ss.; M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto*, in M. RENNA-F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, spec. pp. 24 ss.; F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo*, in *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 122 ss.; F. MERUSI, *L’affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 105 ss.; RIVERO J., *Jurisprudence et doctrine dans l’élaboration du droit administratif*, in *Conseil d’État, Études et Documents*, Recueil Sirey, Parigi, 1955, p. 27 ss.; J. ROCHE, *Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence*, in *A.J.D.A.*, 1962, p. 532; G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell’ordinamento*, Giuffrè, Milano, 1993.

² G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, pp. 703-777.

che la legge deve determinare in tutto e per tutto il contenuto del provvedimento, essendo intrinseco nell'agire amministrativo (o perlomeno, di gran parte di esso) la presenza di un potere discrezionale, che investe il *quomodo* se non anche l'*an* e il *quando* dell'esercizio della funzione amministrativa, che difatti non si presta ad essere *in toto* predeterminata per legge: è di palmare evidenza che la legge non può stabilire il contenuto di un piano regolatore o la disciplina della circolazione stradale di una città. La legge determina la competenza, le finalità, la procedura da seguire, l'oggetto, la forma, gli effetti del provvedimento. Il che equivale a determinare il "tipo" di provvedimento, nel senso che è la legge a stabilire l'autorità legittimata ad esercitare il potere, il presupposto, l'oggetto, gli effetti, la finalità (di qui la c.d. tipicità del provvedimento amministrativo). Da aggiungere che per legge si intendono non solo le leggi statali e regionali, ma tutte le fonti primarie, tra cui le fonti eurounitarie, come i regolamenti e le direttive, nonché i principi generali non scritti i quali sono particolarmente diffusi, per antica tradizione, proprio nel diritto amministrativo e ciò sia a livello di principi ordinamentali che di principi di settore (riguardo a questi ultimi si pensi ai tanti principi che presiedono alla disciplina urbanistico-edilizia, a quella dei contratti pubblici, a quella del pubblico impiego).

Da avvertire che la legalità sostanziale non riguarda solo i provvedimenti discrezionali, ma anche quelli vincolati. Infatti anche quest'ultimi sono comunque innervati da regole procedimentali (giusto procedimento, completezza dell'istruttoria, obbligo di motivazione, etc.) che ne garantiscono la necessaria coerenza con la legge e comunque con i principi costituzionali i quali si ricavano dall'art. 97 Cost.. L'esercizio dell'azione amministrativa viene infatti assoggettato ad un *iter* partecipato ed articolato, che ne regola tutto il percorso. Né la legalità sostanziale è confinabile entro la categoria dei provvedimenti "sacrificativi" cioè quelli che comportano restrizioni o divieti o dinieghi (come sostengono invece coloro che estraggono il principio di legalità sostanziale dall'art. 23 Cost.), ma anche quelli "ampliativi", non solo perché sovente i provvedimenti "ampliativi" (quali autorizzazioni, concessioni, permessi etc.) sono sacrificativi per i terzi, ma anche perché la disciplina procedimentale che si trae dall'art. 97 Cost., con i suoi derivati in punto di pubblicità, trasparenza, motivazione, investe ogni sorta di provvedimento amministrativo, che quindi viene ad essere diretto e conformato dalla legge e dai principi generali. Ma non è tutto: tale innervatura di principi riguarda anche l'attività non provvedimentale, ovvero l'attività che viene svolta con gli strumenti di diritto privato, che non è affrancata dall'osservanza dei principi generali della funzione amministrativa quali quelli di non discriminazione, di economicità, di proporzionalità etc., che si ricavano dall'art. 97 Cost.. Di modo che la soggezione a tali principi determina uno statuto unitario amministrativo, perché sempre di esercizio di funzioni amministrative si tratta: diverse sono le forme di manifestazione ma tutte hanno da essere coerenti con quanto prescrive l'art. 97 Cost.. Con la conseguenza che anche al di fuori dell'attività provvedimentale, l'attività della pubblica amministrazione è soggetta al principio di legalità che non è dunque meramente formale, perché implica non solo la coerenza con la legge di autorizzazione, bensì pure l'osservanza dei principi di imparzialità e di buon andamento, in tutte loro molteplici espressioni, che la giurisprudenza costituzionale e quella amministrativa hanno individuato e disciplinato e comunque di tutti i principi, compresi quelli di fonte eurounitaria, richiamati dall'art. 1, comma 1, legge 6 agosto 1990, n. 241.

In tal maniera viene ad essere dequotata la distinzione tra legalità sostanziale

ziale e legalità formale, perché sempre e comunque l'attività (autoritativa o no) della pubblica amministrazione è soggetta ad un complesso di regole che ne disciplinano lo svolgersi. Regole che sono sia sostanziali che procedurali, e anzi le prime si rivelano e si rafforzano anche attraverso le seconde: al punto che si è affermato in giurisprudenza e in dottrina il principio della integrazione tra legalità sostanziale e legalità procedimentale, nel senso che la partecipazione procedimentale compensa eventuali carenze della *interpositio legislatoris*.

3. I poteri impliciti: *vulnus* della legalità o applicazione di un criterio interpretativo?

L'affermarsi a 360 gradi della legalità sostanziale, se da un lato è elemento di garanzia, dall'altro non risolve affatto i tanti aloni di incertezza che nella "prassi vivente" circondano tale principio. In questo contesto si inserisce la monografia di Nicola Bassi, peraltro concentrata sui poteri autoritativi che determinano compressione o limitazione dello spazio giuridico a disposizione dei destinatari, sicché per definizione l'indagine ha a che vedere con la legalità sostanziale a tutto tondo. Va detto anzitutto che in tale studio vengono ripercorsi tutti gli irti pendii che costellano il principio di legalità, e non solo sotto l'angolazione del suo declinarsi rispetto all'attività amministrativa: dal fondamento del principio alla sua funzione, dal rapporto con la riserva di legge alla c.d. "crisi" del principio di legalità. Tutto ciò come premessa per la disamina del tema centrale della indagine rappresentata dai provvedimenti amministrativi impliciti. Va fatta una avvertenza. Il tema dell'implicito appartiene alla teoria generale dell'interpretazione e poi in specie al diritto internazionale, a quello eurounitario, al diritto costituzionale, e in genere a tutte le ipotesi in cui si debbono definire le sfere di competenza di una autorità, e non da ora: ad es. anche le dispute circa i confini dei poteri dell'Imperatore del Sacro Romano Impero e delle frastagliate e diffuse comunità intermedie dell'epoca medievale ruotavano sovente attorno alla sussistenza o meno di poteri impliciti. Come noto il criterio ha ricevuto positivizzazione, e dunque acquisito una legittimazione superiore a quella nascente dalla mera logica interpretativa, nella Cost. USA (art. 8, n. 8). Da tale previsione è nata la dottrina della *necessary and proper clause*, così come proposta e motivata nel caso *McCulloch v. Maryland*. Sulla base di essa la Corte Suprema ha considerato "potere implicito" del Congresso, tra l'altro, la creazione di un ampio diritto penale federale, la regolamentazione del diritto del lavoro, l'esecuzione di ispezioni parlamentari, la possibilità di impiegare tutti i mezzi possibili, anche la confisca, per l'esazione delle tasse, il diritto di espropriazione, il potere di negare l'accesso agli stranieri o di espellerli. La tematica dei poteri impliciti trova continua applicazione con riguardo al profilo del riparto di competenze tra enti territoriali o anche tra organi, e massimamente in ordine al riparto di competenze tra Stato centrale e enti territoriali. Inutile dire poi che il potere implicito costituisce un principio proprio del diritto internazionale pubblico: un trattato internazionale comporta anche la presenza di previsioni, pur non espresse, ma che risultino essere necessarie per la ragionevole applicazione delle previsioni dello stesso trattato e per il raggiungimento dei suoi scopi. Esso del resto ha una espressa canonizzazione nell'art. 352 del

Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), già art. 235 del Trattato di Roma, che autorizza «ogni azione della Unione che appare necessaria nel quadro delle politiche definite dai trattati per realizzare uno degli obiettivi di cui ai trattati senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine».

4. L'implicito e come criterio per ampliare la competenza e come criterio per individuare una nuova competenza

La monografia di Nicola Bassi, in coerenza con il titolo, e dunque in una sorta di parallelismo con le due componenti del titolo (*“Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti”*) così come esamina *in apicibus* il tema del principio di legalità, così tratta, sempre a livello di teoria generale, il tema dei poteri impliciti, partendo proprio dalla Costituzione degli Stati Uniti d'America e dal noto caso della pretesa dello Stato del *Maryland* di sottoporre a tassazione la Federal Bank. Però – e qui sta l'originalità del contributo – la disamina non è solo funzionale ad identificare le ragioni e i limiti del criterio dell'implicito: criterio che – come risulta dalle esemplificazioni di cui sopra – ha come effetto quello di estendere la competenza. Difatti Bassi si propone anche di verificare se e come lo stesso criterio sia impiegabile non per ampliare la competenza, ma per individuare una nuova competenza. Invero il distinguo è sottile, dato che l'estensione di competenza è anche ontologicamente acquisizione di nuova competenza. Tuttavia un conto è l'estensione di competenza in virtù della strumentalità o della finalità della norma o della ragionevolezza: in tal senso è indicativa la terminologia in uso in Germania, ove si usano espressioni quali *ungeschriebene Kompetenzen* (“competenze non scritte”), *mitgeschriebene Kompetenzen* (lett. “competenze con-scritte”, ovvero non verbalmente espresse ma implicite in ciò che è “scritto”), *mitgedachte Kompetenzen* (“competenze sottointese”), o competenze annesse (*Annexkompetenzen*), o competenze derivate dalla natura delle cose (*Kompetenzen kraft Natur der Sache*). Un conto invece è la competenza *ex novo*, tantopiù con riguardo ai provvedimenti amministrativi, soggetti al principio di legalità e alla sua declinazione in termini di principio di tipicità, considerato che quest'ultimo significa connessione fissata dalla normativa tra i vari elementi dell'atto e predeterminazione degli effetti che esso può produrre: la tipicità implica cioè che la legge nell'attribuire all'amministrazione quel determinato potere, deve stabilirne i presupposti, il procedimento e anche gli effetti. Non si tratta quindi di interpretare estensivamente il contenuto di un potere in virtù di ragioni di connessione o strumentalità (tematica che peraltro Bassi non trascura come vedremo più avanti, sicché ne emergono due categorie di poteri provvedimentali impliciti). Si tratta di individuare *ex novo* un potere e con esso il suo percorso e i suoi effetti. È di estremo rilievo il fatto che questa accezione di potere implicito, diversa appunto da quella “classica”, non era mai stata oggetto, prima nella monografia di Bassi, di uno studio *ad hoc*. Al più talune considerazioni incidentali, sparse qua e là in qualche nota o in qualche voce enciclopedica, e comunque senza che venisse colta la distinzione tra il potere implicito per estensione di competenza e il potere implicito di adottare provvedimenti in sé.

5. L'implicito nei provvedimenti amministrativi

Ma come si può giustificare un provvedimento amministrativo implicito secondo la accezione appena indicata? La risposta di Bassi si fonda sul rilievo che il principio di legalità, così come quello più specifico di tipicità, viene ad essere invero non solo, come nella normalità, da espresse disposizioni di legge, ma anche da principi generali. La esigenza insita in qualunque ordinamento di individuare criteri sistematici e appunto criteri ordinatori ha legittimato la giurisprudenza (per il vero in una serrata e continua dialettica con la dottrina) ad individuare una *summa* di regole dell'azione amministrativa, al fine sia di porre ordine ad una normativa copiosissima e stratificata, sia di colmare lacune³. Regole, in parte, estrapolate da disposizioni contenute in leggi di particolare rilievo anche per la vastità del campo di applicazione e/o per la accuratezza di disciplina (es.: t.u. delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato; t.u. legge comunale e provinciale; Codice della navigazione; t.u. sulle acque e impianti elettrici; t.u. delle leggi di pubblica sicurezza, cui ora si aggiungono i testi unici e i codici della recente stagione normativa: es. codice dell'ambiente, codice dei beni culturali, codice dei contratti pubblici), e di lì "generalizzate" al fine di disciplinare ipotesi analoghe prive di diretta regolamentazione; in parte, invece, elaborate convergendo "in positivo" i vari profili dell'eccesso di potere (c.d. principi sul "formarsi dell'atto"); in parte, attingendo ai principi generali del diritto, desunti per lo più dal diritto privato (si pensi alla giurisprudenza in tema di obbligo di motivazione circa l'interesse pubblico attuale in sede di annullamento d'ufficio, che nasce dal generale principio di tutela della buona fede)⁴; in parte, infine, ricavate dai principi costituzionali (per tutti valga richiamare il principio del giusto procedimento, dedotto dall'art. 97), oltre che dal diritto eurounitario (es. il principio di proporzionalità o il principio di precauzione nella disciplina dell'ambiente), come pure dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (si pensi solo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulla c.d. occupazione appropriativa). Sicché – e ciò costituisce affermazione comune in dottrina e in giurisprudenza – il diritto amministrativo non è frutto solo delle leggi che regolano l'attività dello Stato e degli enti pubblici, ma anche dei principi che costituiscono la «*parte generale non scritta di tale branca del diritto*»⁵. Principi che sono ritenuti idonei ad assicurare il rispetto della riserva di legge. Ed infatti la Corte Costituzionale, investita dal sindacato su leggi carenti di criteri e principi direttivi tali da indirizzare l'esercizio dei poteri discrezionali della P.A., le ha ritenute compatibili con la riserva di legge ex art. 97 Cost., in quanto ha ravvisato comunque la sussistenza di tale elementi attraverso la rete dei principi elaborati dalla giurisprudenza⁶ (c.d. norme

³ V., in proposito, l'ampio e documentato studio di G. SALA, cit.

⁴ Sulla trasposizione degli istituti privatistici, a loro volta inquadrati secondo i dettami della Pandettistica, nel nostro diritto pubblico, v. per tutti le rilevanti considerazioni di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit.

⁵ Cons. Stato, Ad. plen., 28 gennaio 1961, n. 3, in *Cons. Stato*, vol. I, 1961, n. 8, ove leggesi che il diritto amministrativo risulta non solo da norme ma anche da principi che dottrina e giurisprudenza hanno elaborato e ridotto a unità e dignità di sistema. Sulla formazione dei principi nel diritto amministrativo v. altresì, tra i tanti, F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, cit.; Id., *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo*, cit.

⁶ V. Corte Cost. 7 aprile 1988, n. 409, molto puntuale nel rilevare che i principi non scritti di matrice giurisprudenziale debbono essere riconosciuti come parametri del corretto esercizio del-

sans texte). Tali principi possono essere altresì dotati di diretta precettività. Difatti non sempre il principio generale è un limite (ad es. divieto di retroattività) o un criterio (es. proporzionalità o precauzione o tutela dell'affidamento), ma può essere anche una fonte attributiva: cioè il principio si può esprimere sia in una norma regolatrice dell'esercizio del potere, sia anche in una attribuzione del potere stesso. Gli esempi di principi autoapplicativi e attributivi di competenze (c.d. "principi-regole") sono numerosi: ad es. il potere di controllo sostitutivo viene ritenuto essere attuazione del principio generale, applicabile a tutti gli enti pubblici, del superiore interesse pubblico al superamento, con tale rimedio, degli organi di ordinaria amministrazione, i cui titolari siano scaduti o mancanti⁷. Mentre dalla presenza del potere di vigilanza si è ricavato il potere dell'autorità vigilante di annullare provvedimenti dell'ente strumentale ritenuti illegittimi⁸. Altro esempio è quello del potere di annullamento d'ufficio del Prefetto sugli atti del Sindaco che viene giustificato attraverso la lettura estensiva delle funzioni di direzione, sostituzione e vigilanza di cui agli artt. 54, comma 12, 54, comma 11 e 9, comma 2, del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267. Sicché si è ritenuto che il Prefetto dispone del potere di annullare gli atti dello stato civile in cui il Sindaco ha ordinato *contra legem* la trascrizione di matrimoni contratti all'estero tra persone del medesimo sesso. Ciò per la ragione che per quanto non espressamente prevista da disposizione di legge, la potestà in questione debba intendersi implicitamente ricompresa nelle funzioni di direzione (art. 54, comma 12, d.lgs. n. 267/2000), sostituzione (art. 54, comma 11, d.lgs. cit.) e vigilanza (art. 9, comma 2, d.lgs. cit.)⁹. Altre ipotesi di potere radicato esclusivamente nei principi è il potere di sospensione: da avvertire che qui non intendo riferirmi al potere di sospensione dei propri provvedimenti (ora espressamente previsto e regolato dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15: v. art. 14, comma 1, che ha introdotto l'art. 21-*quater* legge n. 241/1990 e dunque non più implicito) bensì al potere di sospendere l'adozione di provvedimenti di applicazione di sanzioni ripristinatorie in presenza di una domanda di sanatoria (o più esattamente, di accertamento di conformità)¹⁰, potere (e dovere) che la giurisprudenza radica nel principio di collaborazione e di buona amministrazione, oltre che nel principio di ragione il quale osta alla distruzione della *res* realizzata senza titolo se essa può comunque essere oggetto di titolo abilitativo¹¹.

l'attività amministrativa, ma v. altresì Corte Cost. 24 marzo 1993, n. 103, che ha ritenuto conforme a Costituzione, malgrado la genericità della previsione normativa, l'art. 15-*bis*, legge 19 marzo 1990, n. 55, così come modificato dall'art. 1 del d.l. 31 maggio 1991, n. 164, conv. in legge 22 luglio 1991, n. 221, che prevede senza alcuna disciplina procedimentale la possibilità di scioglimento dei Consigli comunali e provinciali e di altri enti locali, sulla base del rilievo che l'adozione di tali misure presuppone comunque la completezza dell'istruttoria procedimentale, la coerenza tra accertamenti e decisione finale, la congruità della motivazione, e dunque «una rete di principi tali da ricondurre la discrezionalità entro parametri confrontabili con il dato normativo».

⁷ V. Corte Cost., 20 gennaio 2004, n. 27; Id., 27 luglio 2005, n. 339.

⁸ Si tratta invero di questione controversa: del relativo dibattito proprio la monografia di Bassi dà comunque accurato resoconto.

⁹ Cons. Stato, sez. III, 26 dicembre 2015, n. 4897.

¹⁰ V. TAR Toscana, sez. II, 17 gennaio 2000, n. 4; TAR Lazio, Latina, 13 dicembre 2001 n. 1166.

¹¹ Per altri esempi di provvedimenti impliciti derivanti da principi generali; v. G. MORBIDELLI, // *principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, cit.

6. Provvedimenti impliciti ma titolati dai principi dell'ordinamento amministrativo

La tematica dei poteri impliciti per derivazione dei principi aveva un rilievo ben maggiore all'epoca in cui scriveva Bassi per la considerazione che una serie di poteri di estrema significatività come l'annullamento d'ufficio, la revoca la sospensione, la convalida trovavano radicamento e tutela nei soli principi generali, mentre ora sono stati positivizzati con la legge n. 15/2005 che ha novellato la legge n. 241/1990. È appena il caso di ricordare che il potere di annullamento d'ufficio veniva considerato espressione di *jus poenitendi* quale attributo "naturale" all'azione amministrativa, in quanto finalizzato ad assicurare la conformità alla legge, mentre la revoca, era considerata una conseguenza dell'unilateralità e della inesauribilità del potere amministrativo ma nel contempo anche dell'applicazione della potestà di diritto privato di revocare i negozi giuridici che non avessero creato diritti¹². La sospensione era considerata un "meno" e dunque a sua volta implicito nei poteri di autotutela (pure essi impliciti) appena ricordati. Quanto alla convalida trovava fondamento nell'art. 1444, c.c., considerata espressione del principio di conservazione, nonché di quello di economia dei mezzi dell'azione amministrativa. Altro potere implicito del "tempo che fu" è quello di coazione, ovvero il potere della pubblica amministrazione di dare attuazione ai provvedimenti rimasti non eseguiti da parte degli interessati pur intimati in tale senso. Nel senso che il provvedimento, ove per essere eseguito avesse avuto necessità dell'azione dei destinatari dello stesso, era anche per definizione esecutorio. Si tratta della tesi della pienezza della competenza (Cammeo parlava addirittura di pienezza della sovranità, per il vero ascrivendo a tale *imperium* anche il potere di dettare regole e di dar luogo a controlli)¹³ che veniva giustificato sulla scorta di argomenti diversi: chi si appellava ad una ragione per così dire funzionale all'agire amministrativo, sicché vi sarebbe un interesse pubblico intrinseco alla esecutorietà (Borsi scriveva che è la *utilitas* pubblica a giustificare l'esecutorietà dell'atto amministrativo¹⁴); chi alla presunzione di legittimità, chi ad una conseguenza implicita dell'imperatività, chi ad un principio generale dell'ordinamento (estraibile da tutta una serie di disposizioni, tra cui *in primis* l'art. 378, legge 22 marzo 1865, n. 2248, all. F). Fermo restando che la presenza di tale principio era contestata da tempo dalla dottrina più autorevole, ora esso è contraddetto dall'art. 21-ter, legge n. 241/1990 che da un lato ha chiarito che il potere di coazione richiede comunque una espressa base legislativa, e dall'altro ha stabilito che non è sufficiente la mera attribuzione formale di tale potere, essendo invece indispensabile anche una predeterminazione legislativa del concreto esplicarsi di quello che è stata definita¹⁵ capacità di farsi giustizia da sé¹⁶.

¹² Così F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Vallardi, Milano, p. 45.

¹³ F. CAMMEO, *L'esecuzione d'ufficio specie nei riguardi dei regolamenti comunali*, in *Giur. it.*, 1929, vol. III, pp. 18 ss.

¹⁴ Cfr. U. BORSI, *Fondamento giuridico dell'esecuzione forzata amministrativa*, in *Studi senesi 1905*, ora in *Scritti di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1976, vol. I, p. 239 ss.: ID. *L'esecuzione degli atti amministrativi*, in *Studi senesi 1901-2*, ora in *Scritti di diritto pubblico*, vol. I, p. 52.

¹⁵ F. BENVENUTI, voce *Autotutela* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 537 ss.

¹⁶ Potremmo aggiungere che in passato anche il potere regolamentare del Governo veniva

7. Poteri impliciti o principi impliciti (*sans texte*)?

Tutti questi esempi, sia quelli “storici”¹⁷ e poi transitati nell’“area della tipizzazione”, sia quelli “vigenti” dimostrano con evidenza come la ricerca del fondamento dei poteri impliciti provvedimenti diviene ricerca dei principi. E, atteso il principio di tipicità, nonché la riserva di legge che domina gran parte dell’attività amministrativa (e non limitata a quella, che si traduce in prestazioni imposte, ovvero nelle c.d. misure sacrificative), ciò significa non solo ricercare il principio di attribuzione del potere, ma anche i criteri del suo svolgersi: si pensi infatti alle regole che circondavano il potere di annullamento d’ufficio prima della disciplina introdotta prima con l’art. 14, legge n. 15/2005 e poi con l’art. 6, legge 7 agosto 2015, n. 124, in punto di efficacia temporale, obbligo di motivazione, presupposti, interessi da comparare. Sicché la individuazione del potere implicito e la delineazione dei suoi tratti è il risultato di un processo interpretativo che percorre la stessa storia, la logica, la funzione del diritto amministrativo.

Ci si potrebbe invero chiedere: se i poteri provvedimenti sono conferiti da principi e se i principi a loro volta soddisfano le condizioni perché sia garantita la c.d. raffrontabilità, perché allora definirli impliciti? E ancora: perché non riferire invece l’aggettivo “implicito” al principio, considerato tale in quanto non inserito in un testo legislativo, e ricavabile solo in via deduttiva da fonti costituzionali o legislative (o anche eurounitarie o internazionali)? La risposta sta nel fatto che si tratta di una questione meramente terminologica: si può infatti nello stesso tempo considerare implicita perché non “testualizzata” sia la fonte sia la sua derivazione provvedimento. E proprio questo doppio versante dell’implicito fa sì che la monografia di Bassi debba muoversi in una pluralità di fronti, perché alla individuazione dei principi che “generano” lo specifico potere, segue una disamina specifica e puntuale del potere stesso e del suo atteggiarsi e la sua “raffrontabilità”, ovverosia la sua sintonia con i criteri necessari perché venga rispettato il principio di tipicità. Nel contempo la ricerca non si esaurisce nella pur notevole rilevazione della categoria dei provvedimenti impliciti e delle fonti non scritte che ne regolano l’esercizio, in quanto si diffonde nell’individuare le ragioni e i limiti che in generale la individuazione del potere tramite principi vanno ad incontrare. In tal maniera si inoltra ancora negli impervi sentieri del principio di legalità. Che però non viene affrontato solo sulla scorta di argomentazioni di carattere generale e come tali caratterizzate da inevitabile astrattezza, le quali del resto sono state oggetto di rassegna e puntualizzazioni nella parte introduttiva. Va infatti ricordato che già nella premessa Bassi aveva precisato che il suo obiettivo era proprio quello di affrontare, all’interno del macrotema “principio di legalità”, un tema più ristretto idoneo per i suoi tratti peculiari ad instradare l’analisi entro binari in grado di abbinare ad

considerato un potere implicito, che trovava fondamento nella attribuzione di poteri discrezionali, che in tal maniera venivano ad essere autoregolamentati, a tal fine rifacendosi alla famosa formula di Gneist secondo la quale «*ciò che l’Autorità può comandare e vietare in ogni singolo caso, può comandarlo o vietarlo in generale per tutti i casi simili dell’avvenire*». Tesi poi abbandonata, a partire dal fondamentale saggio di G. ZANOBINI *Sul fondamento legislativo della potestà regolamentare*, in *Arch. giur.*, 1922, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 145 ss., che dimostrò il necessario ancoraggio alla legge del potere regolamentare.

¹⁷ Su cui Bassi si diffonde con ampi ragguagli di ragioni storiche e funzionali.

un grado di ineliminabile astrattezza un livello non meno necessario di concretezza. Di qui la scelta di scrutinare l'area dei poteri amministrativi impliciti, come uno degli angoli di visuale da cui osservare e decifrare, se pur *in parte qua*, il principio di legalità.

8. Poteri impliciti per strumentalità o connessione e individuazione dei criteri limitativi a difesa del principio di tipicità

Ma l'indagine di Bassi non si limita ai poteri impliciti provvedimentali "derivati" dai principi. Una serie di riflessioni vengono infatti dedicate ad una seconda categoria di poteri impliciti, più in sintonia con le nozioni tradizionali e classiche del potere implicito. Vale a dire quei poteri che si estraggono per strumentalità o continenza o connessione da un potere espressamente attribuito alla legge. La riflessione emerge ancora una volta come pertinente e puntuale. Un conto infatti è la lettura estensiva del comando legislativo o regolamentare per ragioni di strumentalità o connessione, dove vengono in evidenza *ratio legis*, criteri di ragionevolezza, ovverosia problematiche interpretative *tout court*, un conto è quando si tratta di espandere la sfera di applicazione di un potere provvedimentale, e dunque – per riprendere la terminologia di Bassi – delimitare i confini esterni di tale potere, confini che il legislatore non ha (salvo i limiti costituzionali) e che il regolamento ha nella legge, ma sono sempre in entrambi i casi confini ben meno protetti di quelli presidiati dal principio di tipicità dei provvedimenti. Sul punto la tesi di Bassi è categorica: il principio di legalità-tipicità si oppone ad un'applicazione del criterio della strumentalità, nel senso che non è ritenuta ammissibile una capacità espansiva della norma attributiva.

Per il vero, questa conclusione è pienamente condivisibile allorché la materia sia coperta da riserva di legge assoluta, come ad esempio nelle situazioni disciplinate dagli artt. 14, 15, 16, 21 Cost. o anche da riserva relativa. Negli altri casi, come del resto nelle ipotesi di poteri normativi, è in sostanza una questione interpretativa della sfera di applicazione del potere attribuito dalla legge, questione appunto che si risolve attraverso il ricorso ai noti criteri ermeneutici. Ed invero lo stesso Bassi ammette l'estensione dei poteri impliciti attraverso il criterio per cui "nel più vi sta il meno", e dunque ciò significa che qualsiasi potere provvedimentale tipizzato dalla legge contiene al proprio interno anche poteri connotati da minore incisività, per la posizione giuridica dell'amministrato. Come pure riconosce che ragioni di simmetria inducono ad affermare la presenza del principio del *contrarius actus*, vale a dire che l'attribuzione legislativa di un potere provvedimentale comprende anche il potere di ritiro dell'atto emanato sulla base del primo. In tali casi non v'è necessità di individuare le regole di esercizio del potere, perché sono già delineati con riferimento al provvedimento principale, cui accede la sospensione o il ritiro. Difatti Bassi giunge ad affermare che poteri del genere dovrebbero essere più precisamente definiti «*come poteri impliciti in senso improprio*», dato che in realtà «*non si collocano in una posizione esterna rispetto ai confini dell'ambito ordinamentale coperto dalla norma attributiva, ma più semplicemente si muovono all'interno della stessa*» (v. p. 217 della monografia).

Per il vero i confini esterni non sono mai superabili, stante proprio il prin-

cipio di legalità. È tuttavia da ritenere che l'Autore, laddove parla di potere implicito che si muove all'interno della norma attributiva, abbia inteso far rilevare che in questi casi il potere non proviene da una fonte non scritta rappresentata da un principio, desumibile per deduzione, ma appunto dalla interpretazione diretta della norma attributiva, nelle cui pieghe nascoste, per ragioni di connessione e strumentalità o continenza è rintracciabile il potere c.d. implicito (tipico caso, il potere di sospensione "intrinseco" del potere di annullamento – come già ricordato – positivizzato dall'art. 14, legge n. 15/2005).

Ancora una volta, però, la ricostruzione non è fine a se stessa. Perché la nozione di connessione o di strumentalità sono nozioni "indeterminate" e come tali si prestano a letture discrezionali sì da dilatare all'eccesso la competenza, si propone di ritracciare una linea di confine di tale categoria di poteri impliciti. La quale viene individuata nella assoluta prevalenza delle ragioni di garanzia dell'amministrato in tutte le sue molteplici proiezioni (tipicità, giusto procedimento, motivazione, pubblicità, etc.) rispetto al principio di efficienza. Si tratta di rilievi decisivi, atteso infatti che la strumentalità, la natura delle cose o la connessione vengono proprio invocate per ragioni di maggiore efficienza e funzionalità, ragioni che però non possono mai fare aggio sulle garanzie costituzionali. La controprova – si osserva – è data dalle ordinanze d'urgenza, che contraddicono la garanzie di tipicità (controbilanciate peraltro da una serie di principi elaborati dalla giurisprudenza), ma che appunto hanno una espresa base nel diritto positivo, oltre che nel super principio dello stato di necessità, il che indirettamente conferma, attraverso l'argomento *a contrario*, che l'efficienza è subordinata alla legalità.

9. Conclusioni in ordine alla rete di contenimento a difesa del principio di legalità elaborata da Nicola Bassi

In conclusione, siamo di fronte ad uno studio che, se pur rivela le comprensibili enfasi, tipiche delle monografie giovanili, verso le premesse di carattere generale e verso la ripetuta giustificazione, motivazione e ricapitolazione del proprio percorso di ricerca, contiene riflessioni non solo ancora valide, ma direi ancor più attuali, a fronte del tumultuoso dilagare della normativa speciale e dunque delle materie oggetto di regolazione e del diffondersi di principi "aperti" (si pensi solo a quelli di precauzione, di azione preventiva, di sviluppo sostenibile che informano l'attività amministrativa in materia ambientale) che richiedono quanto mai necessario l'apprestamento di reti di contenimento. Il che è indispensabile anche per il rispetto di un bene primario come la certezza del diritto, e non a caso la Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte affermato che lo stesso principio di legalità comporta l'esistenza di norme di diritto interno sufficientemente accessibili, precise e prevedibili¹⁸: difatti il rispetto della legalità (risolto essenziale del principio) presuppone a sua volta dei parametri sicuri cui riferirsi. E per l'appunto ampio materiale per la costruzione di reti di contenimento e dunque per contri-

¹⁸ V. ad es. la sentenza 30 maggio 2000 nel caso *Belvedere c. Italia*, § 57; nonché, tra le tante, la sentenza 22 settembre 1994 nel caso *Hentrich c. Francia*, § 42, e la sentenza 8 luglio 1986 nel caso *Lithgow e altri c. Regno Unito*, § 110.

buire alla certezza del diritto è rinvenibile nello studio di Nicola, il che accentua – ammesso che ve ne sia bisogno – il senso di smarrimento e di grande rimpianto che la sua perdita ha prodotto in tutti noi che ne abbiamo apprezzato l'ingegno, la laboriosità, la serietà, la lealtà, il vero e proprio culto per la tradizione del nostro diritto amministrativo e per i suoi *conditores* di cui la monografia è esemplare testimonianza.



SAGGI

I contratti pubblici

di Massimo Occhiena

SOMMARIO: 1. I contributi scientifici in materia di contratti pubblici. – 2. Lo studio sugli accordi internazionali stipulati dalla Comunità europea in materia di appalti pubblici. – 3. Il saggio sugli appalti delle amministrazioni europee e sulle relative forme di tutela giurisdizionale. – 4. Lo studio sull'ambito oggettivo di applicazione del d.lgs. n. 163/2006. – 5. Il contributo sull'inefficacia del contratto tra questioni di diritto europeo e di diritto interno. – 6. A mo' di conclusione.

1. I contributi scientifici in materia di contratti pubblici

I contributi scientifici di Nicola Bassi in materia di contratti e appalti pubblici hanno a oggetto temi e istituti tanto di diritto interno quanto di diritto europeo, ordinamenti a cui egli fa sempre costantemente riferimento in prospettiva unitaria, come d'altronde inevitabile nel settore *de quo* la cui matrice europea è particolarmente accentuata. Questa impostazione che integra nell'analisi le norme poste dai due ordinamenti non stupisce certamente, essendo in linea con gli interessi di studio che Bassi ha sempre coltivato nella sua ampia produzione scientifica e con l'impostazione metodologica propria della Scuola di Guido Greco, di cui era allievo. Proprio perché interessata dalla già rilevata (e peraltro nota) accentuata influenza delle fonti europee, la materia degli appalti pubblici non poteva sfuggire agli interessi scientifici di un Autore di solida preparazione e conoscenza dell'ordinamento europeo. Ciò anche se, più in generale, l'azione degli enti pubblici prodromica alla stipulazione di contratti volti all'acquisto di beni e servizi non è quella che ha maggiormente attratto la sua attenzione nel contesto del più ampio ambito dell'attività *lato sensu* convenzionale dell'amministrazione. Infatti, Bassi studiò specialmente gli accordi amministrativi, tra cui in particolare quelli tra pubbliche amministrazioni, pure in prospettiva comunitaria, consegnandoci sul punto pagine fondamentali e raffinate riflessioni giuridiche.

A scorrere la bibliografia in tema di contratti pubblici emergono un saggio sulla politica commerciale comune, che affronta il tema degli accordi internazionali stipulati dalla Comunità europea finalizzati alla regolamentazione degli appalti pubblici¹; uno sui procedimenti di aggiudicazione degli appalti delle amministrazioni europee, che con accenti critici, analizzate le procedure e i criteri decisionali, puntualizza le carenze di tutela per l'operatore di mercato non aggiudicatario²; una nota di commento sull'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. III, 7 gen-

¹ N. BASSI, *Appalti pubblici comunitari (gli accordi internazionali in materia di)*, in M.P. CHITIG. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo comunitario. Parte speciale*, I, Milano, 2007, p. 551 ss.

² N. BASSI, *Procedure di aggiudicazione degli appalti delle amministrazioni europee e tutela*

naio 2013, n. 25, di rinvio alla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea di due quesiti pregiudiziali sul potere del giudice amministrativo di dichiarare l'inefficacia del contratto alla luce dell'art. 2-*quinquies*, par. 4, della direttiva 2007/66/CE (*recte*, della direttiva 1989/665/CEE come modificata dall'art. 1, della direttiva 2007/66/CE) siccome recepito dall'art. 122, c.p.a.³; infine, un capitolo di opera collettanea sui contratti pubblici scritto con Guido Greco sull'ambito oggettivo del codice dei contratti del 2006⁴.

Lambisce il settore degli appalti pubblici l'ampio scritto sui contratti e convenzioni tripartiti⁵, che tuttavia pare sfuggire al tema qui in disamina dal momento che, all'esito della poderosa analisi sugli ordinamenti di area europea e sull'ordinamento risultante dai trattati comunitari in merito i rapporti di collaborazione transnazionale fra entità territoriali, l'Autore conclude per la qualificazione delle figure convenzionali oggetto di studio alla stregua di fattispecie che, anche per l'accentuata caratterizzazione pubblicistica, sono riconducibili più agli accordi tra pubbliche amministrazioni che ai contratti pubblici propriamente detti⁶. Non a caso Bassi definisce lo scritto come «*una sorta di anticipazione*» del volume del 2004 sugli accordi fra soggetti pubblici nell'ottica del diritto europeo⁷, argomento che, come anticipato, eccede il perimetro d'indagine del presente contributo.

Nella difficoltà di individuare un criterio da seguire per ordinare ai fini illustrativi i saggi sopra riportati, in mancanza di meglio si sceglie quello cronologico.

2. Lo studio sugli accordi internazionali stipulati dalla Comunità europea in materia di appalti pubblici

Nell'attento studio in rassegna l'Autore ha analizzato le problematiche concernenti gli accordi internazionali conclusi dalla (allora) Comunità europea con Stati o organizzazioni terzi e aventi a oggetto la regolamentazione delle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici. Dopo avere illustrato il quadro delle funzioni comunitarie concernenti l'esercizio delle attribuzioni di politica commerciale comune, tra cui rientra anche la competenza a concludere accordi internazionali tariffari e commerciali, nonché la disciplina generale che abilita la Comunità a concludere trattati internazionali di cooperazione economica, finanziaria e tecnica con Paesi terzi, Bassi analizza separatamente gli accordi in seno all'Organizzazione mondiale del commercio, il Trattato istitutivo dello

giurisdizionale, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Milano, 2010, p. 497 ss.

³ N. BASSI, *L'inefficacia del contratto di appalto fra obblighi europei e legislazione nazionale*, in *Giornale dir. amm.*, 2013, p. 729 ss.

⁴ G. GRECO-N. BASSI, *L'ambito oggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici*, in R. VILLATA-M. BERTOLISSI-V. DOMENICHELLI-G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2014, I, p. 205 ss. (di cui i paragrafi scritti da Bassi sono quelli da 1 a 3 e il 9).

⁵ N. BASSI, *I contratti e le convenzioni tripartiti di obiettivi fra Comunità, Stati membri e autorità regionali e locali: un tentativo di inquadramento sistematico*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2003, p. 493 ss.

⁶ Su cui si v. F. FRACCHIA, *Gli accordi amministrativi nella produzione scientifica di Nicola Bassi*, in questo numero, spec. p. 250 ss.

⁷ N. BASSI, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, 2004.

spazio economico europeo e agli accordi di associazione, partenariato e cooperazione con i Paesi in via di sviluppo.

Quanto al sistema degli accordi di Marrakech del 15 aprile 1994 che, oltre ad averla istituita, costituiscono la base sostanziale dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC o WTO che dir si voglia), rammentati l'accordo generale sulle tariffe e il commercio (GATT) e l'accordo generale sul commercio di servizi (GATS), che prevedono doveri di apertura dei mercati dei beni e dei servizi, espressamente dichiarati applicabili anche agli appalti pubblici aggiudicati per le forniture a titolo commerciale non per scopi governativi, l'Autore dedica una più attenta analisi descrittiva all'accordo sugli appalti pubblici (AAP).

Quest'ultimo si applica agli appalti di lavori, forniture e servizi di valore sopra soglia aggiudicati da un'amministrazione pubblica, centrale o periferica, ed enuncia la regola fondamentale, espressione del principio del trattamento nazionale, per cui le stazioni appaltanti di ciascuna parte devono garantire alle imprese di ogni altra parte un trattamento non meno favorevole di quello praticato nei confronti degli appaltatori della propria nazionalità e degli appaltatori delle altre parti (regola oggi recepita dall'art. 49, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50). Dopo averne illustrato i contenuti e, in specie, le procedure di gara e di scelta del contraente, l'Autore si sofferma sulle due forme di tutela che lo caratterizzano. Una, volta alla composizione della lite tra le parti, è caratterizzata dall'intervento dell'Organo di Risoluzione delle Controversie, i cui rapporti (ossia le decisioni, che sono tanto di primo grado, se adottate da un *panel*, quanto di secondo grado, se adottate da un organo di appello) comportano per la parte soccombente l'obbligo di rimuovere le misure dichiarate contrarie all'AAP. L'altra forma di tutela è quella che scaturisce dall'obbligo per le parti di prevedere la possibilità per i concorrenti che lamentino la violazione delle regole di gara di ricorrere a un organo giudiziario (o a un altro organismo comunque indipendente e imparziale e soggetto al sindacato di una struttura giudiziaria) che, all'esito di un procedimento in contraddittorio, abbia il potere di sospendere e annullare l'atto dell'ente aggiudicatore contrario all'AAP, nonché di condannare al risarcimento dei correlati danni eventualmente patiti dal ricorrente. Infine, Bassi illustra e critica la giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha negato la diretta applicabilità dell'AAP sull'asserito presupposto che il sistema di giustiziabilità è fondato su procedure in cui il contraddittorio è carente e che possono concludersi mediante la composizione transattiva delle controversie conseguenti a reciproche concessioni ispirate a considerazioni di natura politica. Richiamando il sopra evidenziato diritto degli operatori di impugnare provvedimenti sfavorevoli di fronte a un giudice nazionale, egli qualifica questo orientamento giurisprudenziale alla stregua di «*forzatura inaccettabile*», non trovando conferma nel vigente dato positivo, che come visto offre invece un valido appiglio per giungere a conclusioni in senso diametralmente opposto.

Nell'ultima parte del lavoro, l'Autore descrive le caratteristiche degli accordi conclusi dalla Comunità con gli Stati candidati all'ingresso nell'Unione e quelli stipulati con i Paesi in via di sviluppo.

Quanto ai primi, egli ricorda il Trattato istitutivo dello Spazio Economico Europeo (SEE) che, coerentemente a uno degli scopi cui è finalizzato, ossia realizzare la libera circolazione delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali, in apposite norme riguardanti le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici sancisce l'estensione agli Stati contraenti non comunitari (più specificamente Islanda, Liechtenstein e Norvegia) dell'ambito applicativo delle direttive europee in materia. Egli descrive lo speciale meccanismo procedurale di-

sciplinato dall'accordo che, in tempi ristretti, consente la sollecita trasposizione in ambito SEE delle modificazioni normative – come noto assai incalzanti – via via apportate alle direttive eurounitarie sugli appalti pubblici. Ancora, Bassi ricorda come il principio dell'apertura delle procedure di affidamento degli appalti pubblici costituisca una costante in tutti gli accordi di associazione conclusi dalla Comunità e dagli Stati membri con i Paesi candidati all'ingresso (negli anni più recenti Romania, Bulgaria, Croazia, Macedonia e, seppure con le specifiche differenze, la Turchia). A questo riguardo, individuata quale base giuridica di riferimento la legislazione europea sugli appalti, gli accordi affermano il principio della non discriminazione e il diritto delle imprese insediate nei Paesi candidati di partecipare alle gare bandite dalle amministrazioni pubbliche degli Stati membri, in posizione di assoluta uguaglianza rispetto ai concorrenti europei, nonché il reciproco ed egual diritto delle imprese europee di partecipare alle procedure pubbliche bandite dagli Stati candidati.

A proposito degli accordi di associazione, di partenariato e di cooperazione con i Paesi in via di sviluppo o in fase di transizione verso un'economia di mercato, l'Autore si sofferma sull'attivismo dall'allora Comunità europea nel settore, rimarcando come nei relativi atti di regolamentazione trovino sempre collocazione anche gli appalti pubblici e l'esigenza di assicurarne la reciproca e progressiva liberalizzazione. Senza indugiare sui diversi specifici accordi sottoscritti dalla Comunità con i singoli Stati interessati, che Bassi elenca compilandone la minuziosa tassonomia, qui interessa segnalare l'analisi critica da lui offerta. In primo luogo, con riguardo a un gruppo di atti pattizi (accordi di associazione sottoscritti con Tunisia e Marocco, Algeria, Sudafrica, Messico e Autorità nazionale palestinese per il tramite dell'Organizzazione per la liberazione della Palestina), egli nota che questi atti si risolvono sostanzialmente in una generica enunciazione del risultato da conseguire, attribuendo invece ai Consigli di associazione (organi costituiti dagli stessi patti) il potere di definire le regole per la realizzazione delle finalità di comune interesse, cui consegue lo svuotamento delle funzioni e delle prerogative decisionali delle istituzioni europee, che di fatto sono escluse nell'*iter* di definizione «*in concreto del grado di apertura dei rispettivi mercati delle commesse pubbliche*»⁸. In secondo luogo, a proposito di altri accordi (Azerbaijan, Armenia, Uzbekistan, Georgia, Kirghizistan, Kazakistan, Moldavia, Egitto, Giordania, Ucraina, Tagikistan e, in parte, Russia), egli pone l'accento sul fatto che all'enunciazione di principio dell'obiettivo di pervenire a una reciproca apertura dei rispettivi mercati degli appalti pubblici non fanno seguito né prescrizioni direttamente applicabili, né clausole attributive a organismi comuni del potere di successivamente introdurre al fine di renderle cogenti, con la conseguenza che si tratta di patti che suggellano meri impegni di trattare la questione in parola, eventualmente anche formalizzando momenti specifici di confronto, ad esempio organizzando appositi negoziati.

Infine, Bassi dedica ampia trattazione agli accordi internazionali di cooperazione, ricorrendo ai quali, in cambio di finanziamenti per la promozione dello sviluppo economico-sociale, la Comunità ha imposto agli Stati terzi contraenti di attuare nei loro ordinamenti sistemi di aggiudicazione degli appalti informati a procedure concorrenziali ispirate ai principi della non discriminazione e della *par condicio* tra i concorrenti. Tra queste pattuizioni, egli rammenta l'accordo di cooperazione fra la Comunità e l'Algeria, nonché la Convenzione di partenariato

⁸ N. BASSI, *Appalti pubblici comunitari (gli accordi internazionali in materia di)*, cit., p. 568.

fra la Comunità e gli Stati del gruppo degli Stati dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico (ACP), o Convenzione di Cotonou, di cui illustra i caratteri fondamentali soprattutto soffermandosi sulle regole procedurali volto alla scelta dei contraenti e sulla disciplina degli strumenti di risoluzione delle controversie («risolte, in caso di appalto nazionale, in conformità alla legislazione dello Stato ACP coinvolto, mentre, per gli appalti transnazionali e sempre che le parti non si accordino sull'applicazione di tale legislazione, è prescritto il ricorso a un arbitro»⁹). Ponendosi quindi in prospettiva critica, Bassi non manca di rilevare come la Convenzione ACP non costituisce una misura volta ad assicurare una reale apertura reciproca dei mercati degli appalti, bensì a mitigare gli effetti negativi legati all'opacità dei metodi di selezione dei contraenti. A questo proposito, egli nota come non sia casuale che negli accordi di cooperazione sia sempre inserita la clausola in forza della quale le procedure di selezione devono essere accessibili a tutte le imprese comunitarie/europee e devono ispirarsi ai principi concorsuali. Si tratta di indice che disvela la vera finalità di questi atti: garantire che anche le imprese comunitarie possano comunque avere uno sbocco commerciale nei mercati dei Paesi terzi cui sono rivolti gli aiuti economici e, per l'effetto, che le imprese europee possano beneficiare di quegli stessi stanziamenti. In forza di ciò, l'Autore segnala dunque come l'impegno degli Stati fruitori dei finanziamenti a introdurre procedure ispirate all'evidenza pubblica non sia per nulla disinteressato, comportando per le imprese europee il duplice vantaggio di non essere discriminate rispetto agli operatori economici locali e di concorrere secondo principi e regole con cui quegli operatori certamente hanno minor dimestichezza sul piano operativo. Ed è per mitigare questo implicito vantaggio per i concorrenti europei, conclude Bassi, che, per garantire comunque un minimo di effettività al meccanismo cooperativo e alle sue finalità di sostegno concreto all'imprenditoria locale, la Convenzione di Cotonou prevede una riserva di affidamenti a favore delle imprese degli Stati ACP, misura da un lato non coerente con la tendenziale apertura dei mercati ACP a tutti gli operatori europei del settore, ma dall'altro necessaria per trovare un punto di riequilibrio alle inevitabili distorsioni di partenza a un regime concorrenziale che, sposando le regole comunitarie, finisce per favorire le imprese degli Stati europee a discapito di quelle indigene.

3. Il saggio sugli appalti delle amministrazioni europee e sulle relative forme di tutela giurisdizionale

Il contributo sulle procedure di aggiudicazione degli appalti delle amministrazioni europee e sui relativi rimedi giurisdizionali si distingue per chiarezza espositiva, lucidità di analisi e, soprattutto, per indipendenza di giudizio nella riflessione critica. Bassi spezza in due parti – sostanziale e processuale – la disamina della disciplina vigente in materia. Va subito detto che, misurata dal punto di vista quantitativo, la suddivisione è tale solo sulla carta, dal momento che lo scritto è per lo più dedicato ai rimedi giurisdizionali.

Inizialmente Bassi indirizza la sua attenzione alle regole sostanziali e procedurali della selezione del contraente negli appalti europei. Ricordato che, all'approccio iniziale per cui la disciplina in materia era dettata – in forza

⁹ N. BASSI, *Appalti pubblici comunitari (gli accordi internazionali in materia di)*, cit., p. 572.

di espresso rinvio (stante la regola generale per cui le direttive non sono di per sé giuridicamente vincolanti per le istituzioni dell'UE) – dalle direttive sugli appalti pubblici degli Stati membri, ha fatto seguito una specifica regolamentazione dettata dal diritto derivato (regolamento finanziario e relativi regolamenti esecutivi)¹⁰, l'Autore espone gli aspetti fondamentali della disciplina delle procedure di gara e quelle della successiva fase volta alla stipulazione del contratto, segnalando come le regole sostanziali degli appalti aggiudicati dalle amministrazioni europee «*si avvicinano molto, pur senza collimare del tutto, a quelle che legislatore sovranazionale ha dettato per le autorità pubbliche degli Stati membri*»¹¹.

Passando all'analisi della disciplina sui rimedi giurisdizionali, l'Autore si dedica a una approfondita ricostruzione del quadro generale della disciplina europea sulle forme di tutela giurisdizionale nei confronti delle istituzioni europee. Egli segnala come l'ordinamento europeo in relazione alla disciplina sui ricorsi in materia di appalti delle amministrazioni europee sia alquanto lacunoso, individuandone la ragione nel fatto che, in generale, la materia del contenzioso che coinvolge queste amministrazioni è per lo più sottratta al diritto derivato e riservata ai Trattati, che per essere emendati richiedono tempi lunghi e procedure complesse. Conseguentemente, a differenza di quanto avviene per gli appalti delle amministrazioni aggiudicatrici degli Stati membri, nell'ordinamento europeo è carente una disciplina speciale sulla tutela giurisdizionale in materia di appalti, sicché gli interessati devono giocoforza fare riferimento agli strumenti di tutela giurisdizionale regolati in generale dalle norme pattizie europee. Il che comporta, come efficacemente evidenzia Bassi, una duplice criticità. La prima è che la disciplina vigente non soddisfa le esigenze di dotare l'ambito degli appalti europei, animato da principi, regole e prassi operative del tutto peculiari, di un processo contraddistinto da elementi di specialità che rispondano alle caratteristiche affatto singolari del settore *de quo*, come d'altronde il legislatore europeo manifesta di esserne perfettamente consapevole, posto che per gli appalti pubblici indetti dalle amministrazioni nazionali ha dettato negli anni discipline speciali (il riferimento va specialmente alle c.d. "direttive ricorsi", su cui si v. *infra*, paragrafo 5). La seconda ragione attiene al fatto che si viene in tal modo a delineare una netta cesura tra regime processuale in merito alle controversie relative alle procedure concorsuali, di pertinenza del diritto e dei giudici europei, e regime processuale delle controversie concernenti il contratto (interpretazione, esecuzione, ecc.) che, a meno della presenza di una specifica clausola compromissoria a favore dei giudici eurounitari, è sottoposto invece alla legge e alla giurisdizione nazionale del privato parte contraente. In buona sostanza: la fase dell'evidenza pubblica è giudicata dal Tribunale di primo grado e dalla Corte di Giustizia secondo le disposizioni pro-

¹⁰ Si evidenzia che nel vigente ordinamento europeo (come specificato, il contributo in analisi è stato pubblicato nel 2010) le istituzioni UE finanziate dal bilancio generale sono tenute ad applicare le norme sugli appalti pubblici previste dal regolamento (UE, Euratom) del Parlamento europeo e del Consiglio 28 ottobre 2015, n. 2015/1929, che ha modificato il regolamento (UE, Euratom) del Parlamento Europeo e del Consiglio 25 ottobre 2012, n. 966/2012, nonché dal regolamento delegato (UE) della Commissione 30 ottobre 2015, n. 2015/2462, che ha modificato il regolamento delegato (UE) della Commissione 29 ottobre 2012, n. 1268/2012 (recante le modalità di applicazione del regolamento (UE, Euratom) n. 966/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione). Gli appalti della Banca centrale europea sono invece regolati dalla decisione (UE) BCE 9 febbraio 2016, n. 2016/245.

¹¹ N. BASSI, *Procedure di aggiudicazione degli appalti delle amministrazioni europee e tutela giurisdizionale*, cit., p. 502.

cessuali dei Trattati; la fase esecutiva dal giudice nazionale secondo la legge processuale dello Stato membro cui appartiene il contraente dell'istituzione europea. Il che, secondo quanto si dirà alla fine del presente paragrafo, comporta quella carenza di effettività della tutela del terzo che Bassi stigmatizza, sottoponendola a critica, nella parte terminale del lavoro.

Tratteggiato il quadro di riferimento, l'Autore analizza i momenti salienti delle fasi processuali e le caratteristiche dei giudizi che si celebrano dinanzi al Tribunale di primo grado e alla Corte di Giustizia. Soffermando, per quanto qui maggiormente di interesse, l'attenzione ai passaggi espressamente riservati alle criticità del processo europeo, si osserva che egli innanzitutto porta a emersione un evidente *deficit* di garanzia del contraddittorio (anche su questo aspetto si v. *infra*). Infatti, non è previsto un meccanismo di evocazione in giudizio del controinteressato: il ricorso è depositato direttamente presso la cancelleria del Tribunale di primo grado, la quale ha l'onere di notificarlo all'amministrazione resistente e di pubblicarlo sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea. A quel punto, gli eventuali interessati nel giudizio hanno sei mesi per depositare un'apposita istanza di intervento, su cui il giudice si pronuncia sentite le altre parti. In ogni caso, anche se non avesse preso parte al giudizio di primo grado, il concorrente escluso dalla gara o non aggiudicatario è comunque considerato titolare della legittimazione a proporre appello.

Sempre con riguardo alle parti processuali, Bassi evidenzia come dagli arresti giurisprudenziali emerga un orientamento che disvela come i giudici europei abbiano una concezione di diritto oggettivo del processo sugli appalti. La giurisprudenza scruta in modo assai elastico la sussistenza dell'interesse al ricorso, sia al momento della presentazione dello stesso che nel corso del giudizio, favorendo la prosecuzione del giudizio non solo ai fini dell'esercizio della successiva azione risarcitoria, ma anche e dichiaratamente «*allo scopo di evitare che i medesimi errori siano ripetuti in futuro*»¹². Un orientamento in sintonia con gli ampi poteri officiosi di cui Tribunale di primo grado e Corte di Giustizia dispongono e, come emerge anche dai caratteri ontologici dell'istruzione probatoria, chiaramente ispirata al principio acquisitivo: oltre a non essere vincolato alle produzioni di parte, alle quali può chiedere in qualsiasi momento del processo di fornire precisazioni, informazioni e di produrre documenti o altri mezzi di prova, il giudice può altresì disporre la comparizione delle parti, assumere testimonianze, avvalersi di perizie ed effettuare sopralluoghi.

L'estensione e l'incisività dei poteri, anche officiosi, del giudice europeo nell'istruttoria processuale confluiscono nell'ampiezza del sindacato sull'attività amministrativa svolta dalle istituzioni europee (anche) nel settore degli appalti. A questo proposito, analizzando alcune pronunce, Bassi dimostra come, qualora si vada oltre alle enunciazioni giurisprudenziali che, in via di mero principio, affermano l'insindacabilità dei profili discrezionali dell'*agere* amministrativo, una più attenta lettura delle sentenze consenta di verificare che il Tribunale di primo grado e la Corte di Giustizia operano «*una penetrante valutazione del comportamento dei funzionari incaricati di seguire lo svolgimento delle gare, anche al di là delle mere risultanze documentali (non sono rari i casi in cui ... viene disposta la loro audizione in qualità di testimoni)*»¹³. Ma il tutto esclu-

¹² N. BASSI, *Procedure di aggiudicazione degli appalti delle amministrazioni europee e tutela giurisdizionale*, cit., p. 506.

¹³ N. BASSI, *Procedure di aggiudicazione degli appalti delle amministrazioni europee e tutela giurisdizionale*, cit., p. 510, che al riguardo cita Trib. primo grado, 17 dicembre 1998, in causa T-203/96, *Embassy*.

sivamente nei ristretti limiti dell'esercizio dei poteri di annullamento: il processo delineato dai Trattati contro le istituzioni europee segue, infatti, una ferrea logica impugnatoria, sicché al giudice è inibito adottare misure ingiuntive quali ordini di *remand* volti alla ripetizione della gara o decisioni che incidano sul contratto nel frattempo stipulato. Ciò nel rispetto dell'esclusiva competenza sia del giudice nazionale a decidere sul contratto, sia dell'amministrazione europea «*a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea comporta*» (come stabilisce l'art. 266, TFUE). Pieno e non precluso in ipotesi di mancato annullamento dell'atto è invece il potere giurisdizionale di condanna al risarcimento dei danni sofferti dal ricorrente, il quale può anche proporre azione autonoma di condanna.

Nella parte conclusiva del saggio, in prospettiva critica l'Autore evidenzia il grave difetto di tutela del terzo che caratterizza il processo europeo sugli appalti delle istituzioni comunitarie. Egli si sofferma sull'evidente divaricazione in punto di effettività della tutela della disciplina processuale applicabile per gli appalti europei rispetto a quella che ha a oggetto gli appalti delle amministrazioni nazionali. Sulla fase procedimentale dell'evidenza pubblica sussiste la riserva assoluta di giurisdizione del giudice europeo, sicché il concorrente non vincitore deve giocoforza proporre ricorso dinanzi al Tribunale di primo grado. Tuttavia, come *supra* anticipato, l'ordinamento comune non gli consente di avvalersi dinanzi al giudice europeo di un meccanismo per ottenere la declaratoria di inefficacia del contratto, costringendolo ad adire il giudice dello Stato membro cui appartiene l'aggiudicatario-contraente. In altre parole, in palese difformità rispetto ai principi e alle regole espressi dalle direttive ricorsi in relazione agli appalti delle amministrazioni nazionali, per ottenere una pronuncia giurisdizionale che inibisca l'efficacia del contratto stipulato da un'amministrazione europea all'esito di una gara ritenuta affetta da vizi di legittimità, il concorrente che non ha vinto l'appalto deve necessariamente adire il giudice nazionale dello Stato membro cui appartiene il contraente vittorioso. Né la normativa sugli appalti europei prevede ripercussioni sul contratto qualora emergano vizi di legittimità della procedura di aggiudicazione.

Sulla scorta di queste osservazioni sul sistema di tutela, con la consueta attitudine a verificare i riflessi operativi della disciplina e degli istituti giuridici esaminati, Bassi evidenzia come, pur potendo beneficiare di una decisione del giudice europeo di accoglimento del ricorso proposto avverso gli atti di gara, essendo costretto ad aggredire il contratto dinanzi al giudice nazionale il terzo molto probabilmente si troverebbe a essere già pregiudicato dall'avvenuta esecuzione negoziale, non arrivando in tempo a bloccare gli effetti del contratto. Inoltre, egli considera il concreto svantaggio in cui versa il concorrente postposto quando, in considerazione della provenienza nazionale dell'aggiudicatario-contraente, è chiamato ad agire dinanzi a un giudice di uno Stato membro diverso dal proprio. Ne consegue che, a dispetto dell'evoluzione impressa dal legislatore europeo alla tutela nel settore degli appalti pubblici nazionali, caratterizzata dall'introduzione di strumenti (misure cautelari, risarcimento dei danni, inefficacia del contratto, ecc.) volti a sensibilmente aumentarne l'effettività, nell'ambito degli appalti indetti dalle istituzioni europee, per ottenere il bene cui aspira (eseguire l'appalto) l'impresa non aggiudicataria deve rimettere le sue speranze nella circostanza – estemporanea e frutto del contingente – di riuscire ad arrivare in tempo utile al fine di attivare in sede giurisdizionale il tradizionale doppio binario “sospensione-annullamento” degli atti di gara. Qualora ciò non avvenisse/non fosse possibile, come Bassi

annota nella considerazione di chiusura del saggio, «*non le rimane altra soluzione che formulare una domanda di risarcimento per equivalente dei danni subiti*»¹⁴.

4. Lo studio sull'ambito oggettivo di applicazione del d.lgs. n. 163/2006

Nel saggio sull'«*ambito oggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici*», scritto con Guido Greco, Bassi offre una interessante ricostruzione sistematica che rende ragione dell'importanza della questione dell'identificazione dei confini oggettivi delle ipotesi contrattuali previste dal codice dei contratti pubblici (*ratione temporis* quello previgente all'odierno d.lgs. n. 50/2016, ossia l'abrogato d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

Egli muove il ragionamento da una considerazione generale: il mutamento subito nel tempo dal problema di individuare «*le linee di demarcazione fra i differenti istituti giuridici attraverso i quali una pubblica amministrazione può porsi in rapporto dinamico con il mercato*»¹⁵. In passato, questo sforzo aveva il duplice obiettivo di determinare i casi in cui l'ordinamento richiedeva di applicare il modello della gara da quelli in cui il beneficiario privato poteva essere individuato con maggiore libertà d'azione (caso emblematico quello della distinzione tra appalto pubblico di servizi e concessione di servizio pubblico) e di stabilire la demarcazione della competenza giurisdizionale tra giudice ordinario e giudice amministrativo (si discuteva, almeno secondo alcune correnti di pensiero e ai fini del riparto tra le giurisdizioni, in merito alla non riconducibilità alla natura amministrativa della trattativa privata, con conseguente competenza del giudice dei diritti). Senonché l'Autore osserva come queste distinzioni siano state affatto superate sotto l'impulso dell'ordinamento europeo (principi di concorrenza e di non discriminazione) e degli autonomi orientamenti di diritto interno che hanno riconosciuto ruolo centrale e determinante ai «*meccanismi procedurali di carattere in senso lato concorsuale ogniquale volta si tratti, al di là della forma utilizzata, di assegnare a terzi utilità economicamente rilevanti*»¹⁶. Al riguardo, egli cita, sul fronte comunitario, le direttive 17 e 18 del 2004 (con il riconoscimento dell'obbligo della gara per gli appalti e le concessioni di lavori, per gli appalti di servizi e per le concessioni di pubblico servizio); su quello interno, l'art. 12, l. 7 agosto 1990, n. 241, il principio di imparzialità e il codice dei contratti pubblici del 2006 (che ha esteso l'evidenza pubblica anche per i contratti sotto soglia e che ha riconosciuto nel settore *de quo* la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, secondo un precetto poi trasfuso nell'art. 133, comma 1, lett. e), nn. 1 e 2, codice del processo amministrativo).

Da questa nuova e più propriamente matura visione scaturisce un quadro in cui la necessità di distinguere le diverse figure di contratti delle pubbliche amministrazioni è funzionale a determinare l'applicazione di regimi parzial-

¹⁴ N. BASSI, *Procedure di aggiudicazione degli appalti delle amministrazioni europee e tutela giurisdizionale*, cit., p. 516.

¹⁵ G. GRECO-N. BASSI, *L'ambito oggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici*, cit., p. 205.

¹⁶ G. GRECO-N. BASSI, *L'ambito oggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici*, cit., p. 206.

mente differenziati all'interno di un quadro legislativo che, tuttavia, si pone l'obiettivo dichiarato dell'unitarietà e completezza della materia.

Ed è proprio quest'ottica funzionale e non già formale, fatta propria dal legislatore nel codice del 2006, che disvela secondo Nicola Bassi il cambiamento di prospettiva rispetto al passato, da cui trarre in via sistematica una conclusione di più ampio respiro. A fronte di una norma che dispone l'applicabilità della disciplina codicistica a tutti i contratti che i soggetti obbligati concludono per acquisire servizi, prodotti e opere (art. 1, comma 1), secondo l'Autore non vi è più spazio per il riferimento discorsivo agli "appalti pubblici" che deve essere sostituito dalla più corretta locuzione "contratti pubblici". Tesi che egli giustifica facendo riferimento alla disciplina in allora vigente (il d.lgs. n. 163/2006, come detto), in cui risultavano attratte fattispecie estranee agli appalti: le concessioni di lavori e/o servizi; la scelta del socio privato per la costituzione di società mista per la realizzazione e o gestione di un'opera pubblica e/o di un servizio (art. 1, comma 3); i contratti di sponsorizzazione (art. 26); i contratti per l'esecuzione di lavori o per l'acquisizione di servizio forniture la cui controprestazione non è il corrispettivo in denaro, ma anche integralmente la cessione di beni immobili di proprietà pubblica che non assolvono più a funzioni di interesse collettivo (art. 53, comma 6); gli accordi quadro (art. 59), i contratti di locazione finanziaria (art. 3, comma 15-*bis* e art. 160-*bis*), il contratto di disponibilità (art. 3, comma 15-*bis* e art. 160-*ter*), l'affidamento a contraente generale (art. 162, comma 1, lett. g), il quale ultimo non è l'appaltatore, bensì l'organizzatore, anche dal punto di vista finanziario, di prestazioni esecutive anche altrui e la cui obbligazione è il risultato complessivo. In considerazione dell'annotata pervasività della disciplina codicistica e, più in generale, dell'evidenza pubblica ogniqualvolta le amministrazioni agiscono nel mercato, secondo Bassi l'ambito oggettivo di applicazione del codice è dunque problema la cui utilità consiste nella identificazione delle diverse categorie generali cui ricondurre le singole fattispecie contrattuali, al fine di determinarne la disciplina applicabile. Si consenta a questo proposito di evidenziare che, vista la sostanziale riproposizione a opera del nuovo codice dei contratti della stessa impostazione, posto che esso attraendo al suo interno molteplici fattispecie contrattuali certamente estranee all'istituto dell'appalto, la tesi ricostruttiva elaborata da Bassi in merito al vecchio codice sia validamente utilizzabile anche con riguardo alla vigente disciplina ex d.lgs. n. 50/2016.

Sulla base del sopraesposto quadro teorico si innesta l'analisi delle distinzioni oggettive inerenti all'ambito di applicazione del codice, cui è specificamente dedicato il saggio (qui considerato nel suo complesso, ossia comprendendo pure i paragrafi redatti da Guido Greco). In tal modo, sono identificati e differenziati: i settori ordinari e quelli speciali; le soglie di rilevanza comunitaria; le tipologie di appalti a seconda dell'oggetto contrattuale (di lavori, di servizi e di forniture); le concessioni di lavori e di servizi pubblici. In questa parte del lavoro, la cui impostazione è più marcatamente illustrativa della normativa, si apprezza il rigore dell'indagine di Bassi e la sua capacità di individuare gli aspetti ermeneutici maggiormente problematici soprattutto in prospettiva applicativa (per più ampie considerazioni al riguardo, si v. *infra*, paragrafo 6).

Si segnala sul punto la parte del lavoro dedicata alle questioni discriminatorie tra settori ordinari e settori speciali, in cui egli analizza l'art. 217, d.lgs. n. 163/2006, che prevedeva la non applicabilità della Parte III del codice medesimo (dedicata ai «*Contratti pubblici di lavori, servizi e forniture nei settori speciali*») «*agli appalti che gli enti aggiudicatori aggiudicano per scopi diversi*

dall'esercizio delle loro attività». Bassi osserva come la perplessa formulazione potrebbe dare adito all'interpretazione per cui le imprese pubbliche e i soggetti privati titolari di diritti speciali che operano nei settori speciali dovrebbero sempre applicare il regime concorsuale per tutte le ipotesi di contratti stipulati, quindi anche al di fuori delle attività rientranti nei suddetti ambiti settoriali. Evidenziando come così opinando ne deriverebbe un quadro in cui il legislatore interno finirebbe con l'essere assai più rigoroso rispetto a quello comunitario, la conclusione cui egli perviene è il reciso rifiuto di questa opzione ermeneutica che, senza mezzi termini, definisce «*persino paradossale*»¹⁷ e comunque non giustificabile né sulla scorta della c.d. "teoria del contagio" a suo tempo elaborata dalla Corte di Giustizia¹⁸, posto che essa è stata smentita dalle direttive del 2004, così come dalla stessa Corte di Lussemburgo (che ha affermato che la direttiva 2004/17/CE può essere applicata solo ai casi e ai settori espressamente contemplati e quindi senza nessuna possibile estensione analogica)¹⁹; né facendo riferimento alla giurisprudenza costituzionale che ha abilitato il nostro legislatore a introdurre prescrizioni di portata più restrittiva rispetto a quelle previste dalla normativa comunitaria²⁰, posto che l'art. 217, cit., va interpretato nel senso che i soggetti di cui detto che operano nei settori speciali sono tenuti a ricorrere all'evidenza pubblica solo quando l'appalto è aggiudicato per scopi inerenti all'esercizio delle loro attività nei settori medesimi. Ragionamento interpretativo di indubbia correttezza, che invero aveva già trovato l'avallo della giurisprudenza e, in specie, dell'Adunanza plenaria²¹ e che successivamente alle riflessioni di Bassi ha trovato conferma – in via autentica, verrebbe da dire – nell'art. 14, d.lgs. n. 50/2016, cit., inserito nel Titolo II della Parte I e rubricato «*Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione*», che dispone che le disposizioni del codice «*non si applicano agli appalti e concessioni aggiudicati dagli enti aggiudicatori per scopi diversi dal perseguimento delle attività*» relative ai settori esclusi (ed espressamente indicate e regolate negli artt. da 115 a 121).

Bassi offre, poi, un'interessante analisi dell'istituto della concessione di servizi ex art. 30 del previgente d.lgs. n. 163/2006. In particolare, egli mette in evidenza il difetto strutturale della disposizione che, contraddittoriamente, nel primo comma esordisce escludendo l'istituto dal campo applicativo del codice, salvo poi dettarne la disciplina nei commi seguenti, fornendone una definizione («*la controprestazione a favore del concessionario consiste unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente il servizio*») e stabilendo le modalità di scelta del concessionario (la gara informale «*nel rispetto ... dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi*»). L'Autore si sofferma

¹⁷ G. GRECO-N. BASSI, *L'ambito oggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici*, cit., p. 214.

¹⁸ Corte Giustizia UE, 15 gennaio 1998, in causa C-44/96, *Mannesmann*.

¹⁹ Corte Giustizia UE, 10 aprile 2008, in causa C-393/06, *Aigner*.

²⁰ Si v. Corte cost., 7 novembre 1995, n. 482.

²¹ Cons. Stato, Ad. plen., 1° agosto 2011, n. 16, che ha chiarito che un conto sono i c.d. "appalti esclusi" dalle direttive europee e altro sono gli «*appalti ad esse del tutto estranei*», qual è l'appalto estraneo al settore speciale, che «*non ricade nei settori ordinari e dunque nel raggio di azione della direttiva 2004/18/CE*» e dalla direttiva 2004/17/CE.

sulle problematiche definitorie, annotando come il sostanziale recepimento della nozione europea di concessione di servizio pubblico nel nostro ordinamento richiede, «*ai fini almeno dell'applicazione del regime dell'evidenza pubblica, di abbandonare la vecchia logica interna che ravvisava la distinzione fra appalto di servizi e concessione di servizio pubblico nel beneficiario della prestazione, l'amministrazione in caso di appalto, il pubblico degli utenti in caso di concessione*»²², in quanto il momento discriminante è costituito dalla modalità di remunerazione che, nella concessione, implica l'assunzione in capo al privato dell'alea inerenti i rischi economici della gestione del servizio, che invece nell'appalto grava sull'amministrazione (si v. oggi la definizione di concessione di servizi fornita dall'art. 3, comma 1, lett. vv, d.lgs. n. 50/2016, che utilizza la nozione di «*rischio operativo*» al fine di sottolineare proprio il trasferimento sul privato dell'alea legata alla gestione del servizio oggetto di affidamento).

Infine, Bassi dedica la riflessione di chiusura del saggio al problema della distinzione tra concessione di servizi pubblici e concessione di lavori pubblici, alquanto complessa soprattutto nelle fattispecie in cui il concessionario realizza l'opera e gli impianti complementari che poi è chiamato a gestire. Una differenziazione che rileva sia sotto il profilo delle procedure di rispettiva assegnazione, sia dal punto di vista della determinazione della disciplina del rapporto conseguente degli obblighi di gara che gravano sul concessionario. L'Autore nota come il mero fatto che nel contesto dell'incarico oggetto di concessione siano affidate anche attività che concernono l'esecuzione di lavori non valga di per sé a escludere la natura del relativo contratto quale concessione di servizi. Osservazione confortata dall'art. 32 dell'abrogato codice, che obbligava i concessionari di servizi pubblici ad applicare l'evidenza pubblica quando dovevano affidare lavori «*strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice*». Preso atto dei casi in cui la natura è di attribuzione "certa" (la costruzione di autostrade quale concessione di lavori) e di quelli in cui è di indubbia complessità (parcheggi pubblici), egli giunge alla soluzione "di sistema" di ricondurre le fattispecie concessorie che consistono in parte in servizi e in parte in lavori alla categoria generale di riferimento, ossia quella dei contratti misti, così risolvendo le questioni qualificatorie seguendo le regole proprie di quei contratti, ossia applicando il criterio della prevalenza «*delle prestazioni caratterizzanti i due diversi istituti (costruzione dell'opera, da un lato, espletamento del servizio, dall'altro)*»²³. L'acuta – e operativamente assai utile – soluzione ermeneutica di Bassi pare avere trovato seguito nel nuovo codice del 2016 che, all'art. 169 dedicato per l'appunto ai «*Contratti misti di concessioni*» dà prevalenza al rilievo funzionale del contratto anziché a quello puramente economico²⁴, coerentemente all'impostazione generale dettata per i contratti misti d'appalto dall'art. 28 (norma a sua volta di recepimento pressoché pedissequo dell'art. 3, direttiva 2014/24/UE). Pertanto, nelle fattispecie in disamina il contratto va qualificato avendo riguardo,

²² G. GRECO-N. BASSI, *L'ambito oggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici*, cit., p. 248.

²³ G. GRECO-N. BASSI, *L'ambito oggettivo di applicazione del codice dei contratti pubblici*, cit., p. 251.

²⁴ L'art. 169, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 prevede che «*Le concessioni aventi per oggetto sia lavori che servizi sono aggiudicate secondo le disposizioni applicabili al tipo di concessione che caratterizza l'oggetto principale del contratto*».

tra le diverse attività che ne costituiscono l'oggetto, alla natura di quella che si manifesta maggiormente idonea ad adempiere agli obblighi convenzionalmente assunti dal concessionario ²⁵.

5. Il contributo sull'inefficacia del contratto tra questioni di diritto europeo e di diritto interno

Complesso e interessante il contributo sull'inefficacia del contratto e, più specificamente, sulla correttezza del recepimento della direttiva 2007/66/CE (e 2009/81/CE) a opera del legislatore italiano nell'art. 122, c.p.a. Come rammentato in premessa del presente scritto, il lavoro è un commento all'ordinanza n. 25/2013 della Terza Sezione del Consiglio di Stato, su una fattispecie di contratto stipulato senza pubblicazione di gara decorsi dieci giorni dalla pubblicazione dell'avviso dell'intenzione di concludere il medesimo negozio con l'operatore individuato. Il giudice di primo grado ²⁶ aveva ritenuto che, in applicazione dell'art. 57, comma 2, lett. b), d.lgs. n. 163/2006, non risultavano adeguatamente dimostrate le ragioni di natura tecnica per cui il servizio poteva essere affidato unicamente a un operatore economico determinato. Annulata la procedura di affidamento diretto, il Tribunale aveva altresì dichiarato l'inefficacia del contratto, ma non ai sensi dell'art. 121, c.p.a., posto che risultava integrata la deroga di cui al comma 5 della norma citata (come detto era stato rispettato il procedimento di pubblicazione dell'avviso di stipulazione del contratto con l'aggiudicatario e tale stipula era avvenuta decorsi dieci giorni), ma dell'art. 122, c.p.a., norma ritenuta applicabile alla fattispecie in questione. In appello, con l'emarginata ordinanza il Consiglio di Stato ha sollevato due questioni pregiudiziali dinanzi alla Corte di Giustizia inerenti all'interpretazione dell'art. 2-*quinquies*, par. 4, della direttiva 1989/665/CEE introdotto dall'art. 1 della direttiva 2007/66/CE, in particolare e per quanto qui più rileva, chiedendo se tale norma precluda al giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto a seguito di aggiudicazione senza pubblicazione del bando e mera pubblicazione dell'avviso dell'intenzione di procedere alla stipulazione del contratto, poi avvenuta dopo dieci giorni, anche se il giudice stesso ritenga che siano state violate le regole che consentono l'aggiudicazione senza gara ²⁷. Il Consiglio di Stato ha altresì chiesto al Giudice di Lussemburgo di determinare se l'art. 2-*quinquies*, par. 4, cit., sia conforme ai principi e alle norme di diritto europeo qualora interpretato nel senso di impedire alla disciplina nazionale di prevedere che il giudice nazionale possa dichiarare l'inefficacia del contratto in ipotesi di violazione delle disposizioni che consentono l'affidamento senza gara ²⁸.

²⁵ Cons. Stato, sez. V, 30 maggio 2007, n. 2765,

²⁶ Si v. TAR Lazio, sez. I-ter, 1° giugno 2012, n. 4997.

²⁷ Questo il testo del quesito posto alla Corte di Giustizia: «*Dica la Corte di Giustizia se l'art. 2-quinquies, par. 4, della direttiva n. 2007/66 vada interpretato nel senso che, qualora un'amministrazione aggiudicatrice, prima di affidare il contratto direttamente ad un operatore economico determinato, scelto senza previa pubblicazione del bando, abbia pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea l'avviso di trasparenza preventiva e abbia atteso almeno dieci giorni per la stipulazione del contratto, sia automaticamente precluso – sempre e comunque – al giudice nazionale di pronunciare la privazione di effetti del contratto, anche se ravvisi la violazione delle norme che consentono, a determinate condizioni, di affidare il contratto senza l'espletamento di una gara.*».

²⁸ «*Dica la Corte di Giustizia se l'art. 2-quinquies, par. 4, della direttiva n. 2007/66 – ove in-*

Bassi ritiene che le due questioni pregiudiziali siano state «*mal poste*» dal Consiglio di Stato. Evidenziato che la direttiva 2007/66/CE ha natura di disposizione di armonizzazione ex art. 95 del Trattato CE (oggi art. 114 Tfeu), egli annota come, alla luce dell'art. 2-*quinquies*, par. 4, cit.²⁹, la trasposizione a opera degli artt. 121 e 122, c.p.a., è pienamente legittima, posto che l'art. 121 recepisce fedelmente la disposizione comunitaria, mentre, sfruttando nel senso più estensivo la riserva di competenza a favore del diritto nazionale in tema di conseguenze sul contratto delle altre violazioni delle norme sulle gare, correttamente l'art. 122 ha previsto che il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva possa stabilire se dichiarare inefficace il contratto, fissandone la decorrenza, tenendo conto degli interessi delle parti, dell'effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta. Il che non significa, secondo l'Autore, che al di fuori dei casi di applicazione di quell'obbligo e delle sue deroghe, il legislatore nazionale non possa prevedere a protezione dell'effettività delle prescrizioni dell'evidenza pubblica (e non già dell'effettività del diritto al ricorso) il potere per i giudici di «*sancire discrezionalmente l'inefficacia del contratto quale conseguenza dell'accertamento dell'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione*»³⁰. Un conto è l'esclusione dell'obbligo di dichiarare l'inefficacia del contratto, altro è considerare quell'esclusione alla stregua di implicito divieto per il giudice nazionale di dichiararla.

In questo quadro, Bassi ritiene improprio il ricorso all'istituto del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia. Pur mostrando di condividere la soluzione della sentenza di prime cure, il Consiglio di Stato ha ritenuto «*necessario investire del problema alla Corte di Giustizia solo perché fra le parti del processo si discute della portata di una norma europea da cui dipende la soluzione della controversia*»³¹: posto che comporta evidente pregiudizio alla tempistica del giudizio e quindi la compromissione del principio della ragionevole durata del processo, l'Autore osserva come il ricorso al rinvio pregiudiziale debba essere particolarmente sorvegliato, non potendosi utilizzare ogni volta in cui vi siano dubbi interpretativi, eventualmente anche sollevati dalle parti in causa, sulla portata di una disposizione sovranazionale. In buona sostanza, Bassi nega l'esistenza stessa dei presupposti per portare all'attenzione della Corte di Giustizia la questione invece rimessale, dal momento che l'efficacia armonizzatrice della direttiva ricorsi è pienamente rispettata dall'art. 121 c.p.a., lad-

terpretato nel senso di escludere la possibilità che a norma del diritto nazionale (art. 122 del codice del processo amministrativo) sia pronunciata l'inefficacia del contratto, nonostante il giudice abbia accertato la violazione delle norme che consentono, a determinate condizioni, di affidare il contratto senza l'espletamento di una gara – sia conforme ai principi di parità delle parti, di non discriminazione e di tutela della concorrenza, nonché assicuri il diritto ad un ricorso effettivo sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti dell'Unione europea».

²⁹ La norma vincola i legislatori statali a prevedere che non si applichi l'obbligo di dichiarare l'inefficacia del contratto quando «*l'amministrazione aggiudicatrice/l'ente aggiudicatore ha pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea un avviso di cui all'articolo 64 della presente direttiva in cui manifesta l'intenzione di concludere il contratto, e ... il contratto non è stato concluso prima dello scadere di un termine di almeno dieci giorni civili a decorrere dal giorno successivo alla data di pubblicazione di tale avviso*».

³⁰ N. BASSI, *L'inefficacia del contratto di appalto fra obblighi europei e legislazione nazionale*, cit., p. 733.

³¹ N. BASSI, *L'inefficacia del contratto di appalto fra obblighi europei e legislazione nazionale*, cit., p. 735.

dove l'art. 122 riguarda un'area non coperta dalla medesima direttiva, bensì, come altri ha rilevato, «ogni ipotesi residuale d'illegittimità dell'aggiudicazione che non possa rientrare in nessuna delle tassative lettere di cui all'art. 121»³².

Dal punto di vista generale, la riflessione interpretativa operata da Bassi è di sicuro stimolo critico e, per certi versi, persino provocatoria per come affronta e risolve il problema della coesistenza tra ordinamento statale e ordinamento europeo, proponendo una chiave di lettura che sottolinea la necessità di un approccio al diritto europeo che salvaguardi comunque spazi di intervento regolatorio al legislatore nazionale. Egli sostiene la compatibilità con il quadro comunitario della disposizione del codice del processo amministrativo in considerazione del fatto che il diritto europeo vincola gli Stati membri solo con riferimento alle violazioni delle norme sull'aggiudicazione degli appalti capaci di pregiudicare il diritto alla tutela giurisdizionale dei concorrenti – a tal fine introducendo l'obbligo di dichiarare l'inefficacia del contratto – e alle deroghe all'applicabilità del suddetto obbligo. Tutto il resto egli ritiene che attenga ad area eccedente il campo proprio dell'armonizzazione europea, quindi aperto all'autonoma disciplina del diritto interno. Per questa via, nell'indagine dell'istituto dell'inefficacia del contratto siccome vigente nel nostro ordinamento, l'Autore ha proposto una ricostruzione giuridica assai raffinata, evidenziandone la doppia natura/tipologia. Una è l'«*Inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni*» (come d'altronde rubricato l'art. 121, cit.), frutto della fedele trasposizione delle disposizioni europee, che comporta l'automatica declaratoria di inefficacia per salvaguardare la pienezza del potere di azione giurisdizionale a fronte di vizi che, concernendo la mancata trasparenza dell'aggiudicazione o il mancato rispetto dei termini di *stand still* processuale e sostanziale, finiscono per l'appunto con il risolversi nella difficoltà/impossibilità di ricorrere al giudice da parte dell'operatore economico concorrente (o perché, carente la pubblicità della procedura di scelta del contraente in ipotesi non consentite, non può fare valere l'illegittimo ricorso alla medesima dimostrandone la carenza dei presupposti di legge; o perché, a seguito della stipula del contratto, di fatto risulta vanificata l'effettività della tutela accordata in relazione alla fase procedimentale volta alla scelta del contraente). L'altra è l'«*Inefficacia del contratto negli altri casi*» (art. 122, cit.), introdotta dal legislatore nazionale al di fuori del perimetro del recepimento delle norme di armonizzazione europee, a presidio non già «*dell'effettività del diritto al ricorso*», ma «*dell'effettività delle prescrizioni complessivamente dedicate alla scelta del contraente della pubblica amministrazione*»³³ e che comporta necessariamente l'attribuzione al giudice di un potere discrezionale al fine di valutare lo scostamento della procedura scrutinata rispetto ad alcuni parametri fissati dal medesimo art. 122 (interessi delle parti, effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati, stato di esecuzione del contratto e possibilità di subentrare nel contratto) volti a fare emergere non tanto vizi relativi al mancato rispetto delle regole formali della procedura a evidenza pubblica, quanto lo scostamento funzionale della stessa (*recte*, del provvedimento che ne rappresenta l'atto terminale) rispetto all'interesse pubblico concreto. Un conto è che il giudice nazionale sia obbligato a dichiarare l'inefficacia e ciò può avvenire solo nei casi posti dal diritto Ue; altro che il giudice possa, dopo valutazione

³² S. VACCARI, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale soddisfattoria*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, p. 263.

³³ N. BASSI, *L'inefficacia del contratto di appalto fra obblighi europei e legislazione nazionale*, cit., p. 731.

discrezionale, dichiararla al di là dei casi in cui l'obbligo posto dalla direttiva non sussiste, potere che può essere liberamente modulato dal diritto interno.

Una visione che immancabilmente introduce elementi di giurisdizione di diritto oggettivo, che non stupisce certamente posto che è prospettiva tutt'altro che estranea al settore degli appalti pubblici (non solo, come evidenziato *supra*, paragrafo 2, in relazione al giudizio in materia di appalti delle istituzioni europee, ma anche nella prospettiva europea del processo sugli appalti delle amministrazioni aggiudicatrici nazionali)³⁴ e che riesce a fornire una chiave interpretativa che consente di assicurare spazi applicativi autonomi alle due tipologie di inefficacia dei contratti pubblici e a evitare che entrino in conflitto e/o sovrapposizione a discapito della tipologia coniata dal diritto interno. Il che, a parere di chi scrive, può avvenire purché sia rispettata l'area di autonomia delle due varianti della privazione di effetti del contratto: più specificamente, avuto anche riguardo alla vicenda che ha generato il rinvio pregiudiziale in commento, occorre che la versione nazionale dell'inefficacia del contratto sia applicata in relazione a fattispecie non riconducibili all'ipotesi di inefficacia regolata dal diritto comunitario. In altre parole, l'art. 122, c.p.a., sembra esclusivamente applicabile «*negli altri casi*», ossia per vicende che non rientrano nell'art. 121 e, quindi, nell'area regolata a monte dalla direttiva n. 2007/66/CE (nonché dall'art. 60, direttiva 2009/81/CE). Conclusione che pare suffragata dall'art. 2, par. 7, direttiva 89/665, cit., che dispone espressamente che «*Eccetto nei casi di cui agli articoli da 2 quinquies a 2 septies, gli effetti dell'esercizio dei poteri di cui al paragrafo 1 del presente articolo sul contratto stipulato in seguito all'aggiudicazione di un appalto sono determinati dal diritto nazionale*», in tal modo sottraendo all'autonomia dei legislatori degli Stati membri non solo le ipotesi in cui il giudice nazionale ha l'obbligo di dichiarare l'inefficacia del contratto, ma anche quelle in cui esso ha l'obbligo di non dichiararlo, come appunto accade per le fattispecie di cui al paragrafo 4 (pubblicazione dell'intenzione di stipulare un contratto con soggetto determinato senza gara e stipulazione avvenuta decorsi dieci giorni).

Quest'ultima osservazione suggerisce un rilievo critico alla tesi di Bassi e all'interpretazione offerta dal Consiglio di Stato, ossia che la vicenda in relazione a cui con l'ordinanza n. 25/2013 è stato chiesto l'ausilio interpretativo della Corte di Giustizia non riguarda un "altro caso", ma una fattispecie rientrante nel campo di applicazione dell'art. 2-*quinquies*, par. 4, cit., ovvero dell'art. 121, comma 5, lett. b) e c), c.p.a. e pertanto, in quanto tale, estraneo all'applicazione della regola nazionale sulla privazione degli effetti del contratto (l'art. 122, cit.). La direttiva del 2007 ha positivamente statuito non solo quando ricorre l'obbligo giurisdizionale di dichiarare la privazione degli effetti del contratto, ma anche quando quell'obbligo non può essere dichiarato, il che sembra impedire, anche alla luce dell'art. 2, par. 7, cit., la coesistenza di una norma di diritto interno che conceda al giudice la facoltà di dichiararla previa valutazione di determinate circostanze. Ed è vero che, come dice Bassi, nell'ordinanza di rimessione il Consiglio di Stato ha posto male la questione, anche se per una ragione che sembra diversa da quella fatta valere dall'Autore. Infatti, la Terza Sezione pare avere invertito i due quesiti, nel senso che il divieto tassativo di privare il contratto degli effetti giuridici in ipotesi di affidamen-

³⁴ Sul punto sia consentito rinviare a F. FRACCHIA-M. OCCHIENA, *Processo amministrativo e contratti pubblici: tra giurisdizione oggettiva e diritto europeo (in ricordo di Antonio Romano Tassone)*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, p. 1171.

to diretto senza pubblicazione del bando e pur nel rispetto dei dieci giorni per la stipula negoziale sembrerebbe violare i principi di parità delle parti, di non discriminazione e di concorrenza, invece rispettati qualora, sulla falsariga di una norma quale l'art. 122, c.p.a., in tale fattispecie si consentisse al giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto al ricorrere di determinate condizioni (quali, ad esempio, quelle fissate dall'art. 122, cit.).

In conclusione e per completezza d'indagine, si rileva che nell'invocata pronuncia pregiudiziale la Corte di Giustizia ha sostenuto la piena validità dell'art. 2-*quinqüies*, par. 4, cit.³⁵. Seguendo l'ordine dei quesiti posti dal Consiglio di Stato, nella sentenza spravvenuta allo scritto di Bassi qui in commento, la Corte ha affermato, in primo luogo, che se, in esito al proprio controllo, il giudice nazionale constata che non sussistono le condizioni previste dalla disposizione posta dalla direttiva allora deve dichiarare che il contratto è privo di effetti, mentre è tenuto a conservare gli effetti del contratto se rilevi che sussistono le condizioni previste dalla norma suddetta³⁶; in secondo luogo, che, per quanto impedisca al giudice nazionale di pronunciare in detti casi l'inefficacia del contratto, l'art. 2-*quinqüies*, par. 4, cit., è valida alla luce del principio di non discriminazione e del diritto a un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 47 della Carta, ritenendo che essa concili correttamente i diversi interessi in gioco, «*ossia quelli dell'impresa lesa, attribuendole il diritto di avviare un procedimento sommario precontrattuale e di ottenere l'annullamento del contratto illegittimamente concluso, con quelli dell'amministrazione aggiudicatrice e dell'impresa selezionata, limitando l'incertezza giuridica che potrebbe derivare dalla privazione di effetti del contratto*»³⁷.

6. A mo' di conclusione

Alla luce di quanto si è tentato di illustrare in merito alle riflessioni e analisi condotte da Nicola Bassi nei suoi scritti in materia di contratti pubblici, in una prospettiva di sintesi pare di potere evidenziare soprattutto i seguenti aspetti.

La scorrevolezza e chiarezza di espressione, in primo luogo. Egli scriveva

³⁵ Corte Giustizia UE, 11 settembre 2014, in causa C-19/13, *Ministero dell'Interno*.

³⁶ Nell'arresto in illustrazione, la Corte ha quindi affermato che l'art. 2-*quinqüies*, par. 4, cit., «*deve essere interpretato nel senso che, qualora un appalto pubblico sia aggiudicato senza previa pubblicazione di un bando di gara ... quando ciò non era consentito a norma della direttiva 2004/18, tale disposizione esclude che il corrispondente contratto sia dichiarato privo di effetti laddove ricorrono le condizioni che essa stessa pone, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare*».

³⁷ Corte Giustizia UE, 11 settembre 2014, in causa C-19/13, cit. A questa pronuncia ha fatto seguito, nel giudizio che ha occasionato l'intervento della Corte di Lussemburgo, Cons. Stato, sez. III, 2 febbraio 2015, n. 540, che in parte decide in merito a profili squisitamente processuali (preclusione a valutare la sussistenza o meno delle condizioni ex art. 121, comma 5, c.p.a., per formazione del giudicato interno derivante dalla sentenza di primo grado) e in parte rinvia al processo risarcitorio nel frattempo avviato dall'appellante. Giudizio quest'ultimo deciso da TAR Lazio, sez. I-ter, 22 dicembre 2015, n. 14931 (accoglimento della domanda risarcitoria) e poi da Cons. Stato, 11 gennaio 2018, n. 118, sentenza non definitiva con cui è stata deferita all'Audanza plenaria una questione (applicazione nella ricostruzione del danno per perdita di *chance* della "teoria ontologica" o di quella "teoria eziologica") dichiarata inammissibile con sentenza 11 maggio 2018, n. 7, con conseguente rimessione degli atti alla Sezione per la prosecuzione del giudizio.

davvero bene: anche nei passaggi più impegnativi del ragionamento, lo stile espressivo è sempre rigoroso e felice, tanto che le tesi esposte risultano riccamente argomentate e di facile comprensione, quindi convincenti.

In secondo luogo, la cifra metodologica. Dagli scritti esaminati si manifesta la chiara scelta dell'Autore volta a privilegiare l'approccio giuridico-positivo e sistematico. Bassi fonda costantemente le sue riflessioni su un'attenta e circostanziata lettura e ricostruzione della disciplina vigente, colta nella sua applicazione anche giurisprudenziale, avvalendosi di quel metodo interpretativo che, com'è stato ricordato, costituisce il metodo proprio della scienza del diritto³⁸. La meticolosità e la precisione nella ricerca del dato giuridico-positivo dell'argomento sottoposto a esame sono a volte persino maniacali e stupisce la padronanza della disciplina di diritto interno così come di quella europea. Una volta ricostruito il quadro giuridico sulla base della normativa, egli non rinuncia al tentativo di offrire, pur solo in via di mero spunto o tratteggio, un quadro ricostruttivo di riferimento volto a ordinare e meglio comprendere il dato positivo, per verificarne la rispondenza e la riferibilità a più generali concetti e categorie. Il che rende ragione dell'approccio sistematico di cui si diceva che, seppure con sfumature diverse, come si dirà in appresso, informa i contributi oggetto di disamina.

In terzo luogo, il rigore e l'eleganza del ragionamento giuridico, affatto personali, specialmente nel proporre le riflessioni critiche. Gli scritti di Bassi di cui si è dato conto (ma il discorso potrebbe allargarsi anche ai numerosi altri che nel corso degli anni si è avuta occasione di leggere) evidenziano una spiccata capacità di sintesi: la successione delle argomentazioni è incalzante, lo stesso concetto non è mai ripetuto, il discorso progredisce senza ripensamenti e in modo fluido, senza avvertirsi salti logici. Ogni volta le conclusioni sono circolari: al termine della lettura di un suo contributo si avverte una sensazione quasi di compiacimento perché "tutto torna". Ma l'aspetto che più si segnala è la sobrietà nell'esposizione delle valutazioni critiche: nelle sue indagini, l'Autore non fa mai mancare valutazioni in cui riporta motivate ragioni di contrapposizione a orientamenti giurisprudenziali, a ricostruzioni dottrinali o alla normativa analizzata, ma sempre in modo fermo e sobrio al contempo, senza eccedere in contrasti forti e giudizi eccessivamente negativi. Anzi, il più delle volte egli si limita a ricordare il quadro generale dei principi e delle regole di sistema, lasciando così affiorare quasi naturalmente come la tesi, la sentenza o la norma discussa venga meno alla necessaria coerenza con gli stessi. Impostazione che in modo emblematico emerge in relazione al diritto europeo, cui Bassi non guarda con approccio dogmatico, ma anzi evidenziandone i difetti e le contraddizioni interne. Si pensi al saggio sugli appalti delle istituzioni europee, in cui l'Autore lascia chiaramente trasparire quasi il proprio senso di disagio nel dovere constatare come principi e regole fondamentali (ad esempio: pienezza ed effettività della tutela, concentrazione dei giudizi, privazione degli effetti dell'appalto in caso di gravi violazioni delle regole della gara) sancite dalle direttive ricorsi in merito alle procedure poste in essere dalle amministrazioni nazionali non trovino corrispondenza nella disciplina applicabile agli appalti europei, che denotano evidenti carenze specialmente sul lato della tutela del terzo.

³⁸ Sul punto si v., per tutti, A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. I. Il concetto del diritto*, Milano, 1996, p. 234, che scrive che la scienza del diritto «è principalmente interpretazione del diritto ... I metodi della scienza del diritto sono, essenzialmente e principalmente, metodi di interpretazione».

L'attenzione al dato applicativo, all'operatività del diritto, in quarto e ultimo luogo. Nella disamina di una norma, di un settore disciplinare, di uno specifico istituto giuridico, Bassi guarda sempre al dato concreto, ossia alla ricaduta sul piano pratico, sia al fine di misurare la (eventuale) distanza tra l'enunciato e la sua operatività, sia per verificarne l'effettiva interpretazione applicativa che lo caratterizza. Si coglie in ciò l'abitudine a frequentare il diritto anche nelle vesti del pratico, a confrontarsi con la realtà del diritto applicato e a misurarsi con la distanza che non di rado corre tra quest'ultimo e la fattispecie astratta, il modello declamato. Ed è anche per questo che, dalla lettura dei suoi scritti, Nicola Bassi emerge quale giurista completo, che non si accontenta di elaborare un'elegante ricostruzione sistematica, ma ne saggia sempre l'attendibilità applicativa.

Il collezionista e lo storico. Uno scritto inedito di Nicola Bassi sull'evoluzione del diritto dell'energia

di Bruno Tonoletti

SOMMARIO: 1. Le circostanze della composizione del lavoro. – 2. Il diritto come esperienza e la funzione critica della ricostruzione storica. – 3. I principi costruttivi della trattazione. – 4. Esempificazione attraverso alcuni estratti del lavoro. – 5. Il senso dell'interrogazione storica: necessità di una politica energetica e limiti del liberalismo economico.

1. Le circostanze della composizione del lavoro

Nicola Bassi ha lasciato incompiuta l'opera di redazione di un trattato sull'energia, che era stato incaricato di redigere per il «Sistema del diritto amministrativo italiano», edito da Giappichelli a cura di F.G. Scoca, F.A. Roversi Monaco e G. Morbidelli. Prima della sua scomparsa, aveva fatto in tempo a completare il secondo capitolo, intitolato «Evoluzione storica della disciplina giuridica delle energie» e il terzo capitolo, intitolato «Fonti e organizzazione»¹.

Si tratta di testi finiti, ma che presumibilmente avrebbero dovuto essere ancora rimaneggiati in vista della composizione dell'intero volume. Soprattutto, il corposo e denso capitolo storico era destinato ad alleggerirsi notevolmente, per lasciare maggior spazio all'analisi della disciplina vigente, ed invece è sopravvissuto al suo autore nella forma corrispondente all'impulso e al desiderio che l'avevano originariamente prodotto. In tal senso, si tratta di un lascito felice, cui spero in queste righe di rendere giustizia.

L'inserimento in un trattato di diritto positivo sull'energia di un capitolo sull'evoluzione storica della disciplina non era affatto scontato. La liberalizzazione del mercato dell'energia alla fine degli anni novanta del secolo scorso ha rappresentato una discontinuità di portata tale da generare l'impressione di un nuovo inizio, rispetto al quale finivano per apparire irrilevanti i percorsi seguiti fino a quel momento dal diritto previgente².

¹ Nella lettera del 24 maggio 2016 con cui trasmetteva a G. Morbidelli il primo capitolo scritto, quello sull'evoluzione storica sopra ricordato, l'Autore illustrava nel modo che segue il piano di lavoro dell'intero volume: «*lo sviluppo del libro dovrebbe così articolarsi: un primo capitolo dedicato al problema del diritto dell'energia e del suo oggetto, alla luce dei principi di fondo del sistema; dopo il secondo capitolo storico verrà la parte più strettamente di diritto positivo, con capitoli riguardanti fonti e organizzazione e poi le discipline sostanziali*».

² È sintomatico della forza di questa suggestione che la letteratura germinata dalle liberalizzazioni dei servizi a rete abbia assunto invariabilmente come punto di partenza la disciplina comunitaria, assegnandole il ruolo di una costruzione dal nulla di un universo giuridico completamente nuovo, rispetto al quale il previgente assetto era visto unicamente come ciò che era

Riannodare i fili di un passato ormai percepito come remoto è stata, quindi, una scelta coraggiosa sia sotto il profilo teorico sia sotto quello espositivo.

Questa scelta ha però avuto prima di tutto una dimensione personale, di cui sono stato testimone e che mi sembra importante ricordare non solo perché illumina il profilo umano dello studioso, ma anche perché consente di meglio apprezzare il significato dell'impostazione da lui data al lavoro qui in commento.

Avendo una frequentazione quotidiana, ci scambiavamo spesso anche idee sui rispettivi temi di ricerca e le nostre conversazioni finivano invariabilmente per ruotare attorno all'importanza dell'elemento storico nel diritto. Lui si era laureato in storia del diritto italiano ed anche se poi si era dedicato al diritto amministrativo, la sua prima formazione segnava profondamente lo sguardo con cui guardava al diritto positivo. Nicola si sentiva anzitutto storico e conservava dentro di sé il desiderio di tornare a scrivere di storia. Così, quando cominciò a lavorare al trattato sull'energia, si poteva avvertire in maniera quasi tangibile che il suo entusiasmo era dettato soprattutto dalla felicità di poter scrivere qualcosa di storico nel contesto di un lavoro di diritto positivo, e quindi di riunire finalmente le sue due anime scientifiche.

Questo entusiasmo si tradusse in una acquisizione di materiali enorme, eclettica, onnivora: documenti ufficiali, lavori parlamentari, vecchi scritti, pubblicazioni anche minori, senza limitarsi al diritto, dando anzi molto spazio alle indagini storico-politiche. Peraltro, questa raccolta di materiali si ricollegava a una vera e propria passione per i temi geopolitici attinenti al petrolio, che coltivava da lungo tempo acquistando i più svariati libri in argomento. Nicola era un collezionista nel senso proprio della parola e manifestò questo impulso anche nel procurarsi la documentazione su cui basare la propria ricostruzione storica del diritto dell'energia. Questo ha sollecitato in me un'analogia con la figura di Eduard Fuchs, come interpretata in un saggio di Walter Benjamin del 1937, a cui mi sono ispirato per il titolo di queste annotazioni³.

stato idealmente superato e che doveva essere messo gradualmente in liquidazione anche nei fatti, seguendo il tipico incedere progressivo delle politiche comunitarie. Questo genere di atteggiamento, che si sofferma sul "nuovo" come se ciò che c'era prima sia ormai diventato del tutto irrilevante, è piuttosto diffuso in dottrina ed è profondamente imparentato con «*la coscienza storica moderna*», che «*deve attingere la sua propria normatività da se stessa*», in quanto «*la modernità si vede affidata a se stessa, senza alcuna possibilità di fuga*» e quindi «*esperisce il tempo come risorsa limitata per la soluzione dei problemi che insorgono, ossia come urgenza temporale*» (J. HABERMAS, *Il discorso filosofico della modernità*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pp. 6-7). L'accostamento non sembri forzato. L'abolizione della storia, tipica della modernità, è figlia dell'illuminismo tanto in campo filosofico quanto in campo giuridico. Si veda, in proposito, P. GROSSI, *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in Id., *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 45: «*il secolo XVIII è momento di rottura, di discontinuità profonda – pervicacemente voluta – con il passato*», ma «*le nuove conquiste politico-giuridiche palesavano la loro debolezza senza il tenace sostegno delle metafisiche religiose, domandavano a loro volta di poggiare non sulle sabbie mobili della storia ma più in là, più a fondo o, se vogliamo, più al di sopra dove i venti storici non arrivavano a squassare e sradicare ... Costringere la realtà storica a un salto di piani non implica soltanto la sua trasposizione, bensì anche la sua trasfigurazione; sotto la copertura della credenza essa lascia la dimensione relativa che è tipica della storia e subisce una assolutizzazione*».

³ W. BENJAMIN, *Eduard Fuchs, il collezionista e lo storico*, in Id., *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica. Arte e società di massa*, Torino, Einaudi, 1991, p. 79 ss., da cui sono tratte le citazioni che seguono (ma il saggio è anche in *Opere complete*, VI, *Scritti 1934-1937*, Torino, Einaudi, 2004, p. 466 ss.). Il saggio fu scritto da Benjamin su invito di Horkheimer, direttore dell'Istituto per la ricerca sociale di Francoforte. Eduard Fuchs (1870-1940) è stato giornalista satirico e politico, di orientamento socialdemocratico, ma soprattutto storico del costume, della caricatura e dell'arte di massa. Benjamin – anch'egli collezioni-

Vedremo tra poco come questa documentazione sia stata trasfusa nella trattazione. Prima di passare all'analisi occorre però evidenziare ancora un altro aspetto della personalità scientifica dell'Autore, importante per cogliere il senso di una riflessione di cui ci è restata una traccia significativa, ma purtroppo incompleta.

Una ragione ulteriore dell'entusiasmo di Nicola di fronte a questo lavoro, non espressa e tuttavia per me evidente, era che gli dava finalmente l'occasione di riflettere scientificamente, per di più con l'ampio respiro concesso da un trattato, su di una materia di cui aveva una vasta esperienza professionale, che copriva tutta l'epoca di passaggio dal vecchio al nuovo mondo del diritto dell'energia. Conosceva quindi a fondo l'oggetto della disciplina, con i suoi problemi applicativi e i conflitti cui aveva dato luogo, e si avverte distintamente dalle pagine che ci ha lasciato che la sua esposizione mirava a dare una "forma" adeguata a questa "materia" così fluida e difficile da sistemare⁴.

2. Il diritto come esperienza e la funzione critica della ricostruzione storica

L'acuto senso storico, unito alla diretta conoscenza pratica delle tensioni generate dalla transizione tra il vecchio e il nuovo assetto del diritto dell'energia, avevano con tutta probabilità immunizzato Nicola dal comune errore prospettico consistente nel concepire la liberalizzazione come una cesura capace di consegnare irrimediabilmente al passato l'esperienza giuridica precedente.

È in questo punto che l'impulso del collezionista si saldava in lui con la visione dello storico. Non mi riferisco soltanto alla sensibilità per la lunga durata⁵, evidente già nella scelta espositiva di incuneare il capitolo sull'evoluzione

sta – sceglie per tratteggiare il carattere tipico di questa personalità un'osservazione di Balzac in *Le Cousin Pons*, che mi pare esprima bene il modo con cui Nicola viveva il proprio lavoro intellettuale: «Sono collezionisti; gli uomini più passionali che esistano al mondo» (op. cit., p.102). In quel suo modo di raccogliere qualsiasi materiale interessante la storia dell'energia, senza fare alcuna distinzione tra documenti più o meno "importanti", si può dire anche di lui che «appartene(va) al tipo del ramasseur; trova(va) un rabelesiano piacere nella quantità», aveva una «insaziabile fame di materiale, ... ubbidiva sempre agli impulsi che lo spingevano alla ricerca di nuovi materiali» e «usa(va) la propria passione come la bacchetta del raddomante, che gli permette(va) di scoprire fonti nuove» (op. cit., risp. pp. 103-104, 96, 112).

⁴ Il riferimento è alla combinazione tra indagine storica e costruzione sistematica, caratteristica del metodo inaugurato da F.C. VON SAVIGNY, che mi sembra pertinente per definire le ascendenze culturali del lavoro qui in commento. Come osserva F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1980, p. 35, «già nella lezione sulla Metodologia giuridica (Marburg 1802/03) il Savigny aveva schizzato un programma di collegamento tra una "trattazione filosofica" della scienza della legislazione ... ed una "storica". La prospettiva storica avrebbe dovuto servire alla individuazione del materiale giuridico ..., quella filosofica avrebbe dovuto invece organizzare questo materiale secondo una connessione sistematica interna fino ad ottenere non più un nudo "aggregato" di norme giuridiche, bensì un insieme sorretto da una sua struttura spirituale unitaria. Questa relazione metodologica tra materia e forma corrispondeva esattamente al modello di scienza che per il rinnovamento delle scienze dello spirito si era preso a prestito dalla gnoseologia kantiana». Sull'importanza di questa metodologia in campo amministrativistico, a causa dell'assenza di una codificazione, cfr. M. RAMAJOLI, *L'esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, p. 37 ss.

⁵ Il riferimento è a F. BRAUDEL, di cui mi limito a citare *Espansione europea e capitalismo*.

storica tra la trattazione teorica del «*problema del diritto dell'energia*» e «*la parte più strettamente di diritto positivo*». Ciò che più colpisce è la forza del gesto teorico di recuperare il passato per l'interpretazione del presente.

Analogamente al Fuchs di Benjamin, l'impulso del collezionista scaturiva in Nicola dalla «*sua sensibilità, più o meno chiara, per la situazione storica in cui si vedeva gettato (...) Le sue collezioni sono la risposta dell'uomo pratico alle aporie della teoria*»⁶.

Il diritto dell'energia si trova attualmente in una situazione contraddittoria, perché, con le liberalizzazioni, il regime di mercato è stato caricato della virtù di risolvere problemi di interesse generale che in realtà sono provocati proprio dal funzionamento della logica di mercato e che il mercato lasciato a se stesso, se anche funzionasse in maniera "perfettamente ottimale", potrebbe risolvere soltanto nel lungo periodo e con costi sociali difficilmente sopportabili. Sul piano teorico, questa contraddizione produce un'aporia, perché la teoria del mercato liberalizzato suppone che il mercato, opportunamente regolato, sia in grado di produrre un coordinamento delle iniziative individuali tale da garantire un sicuro approvvigionamento, a prezzi contenuti, dell'energia necessaria a soddisfare tutti i fabbisogni. La pianificazione non è semplicemente assente da questa teoria, ma è da essa rifiutata *a priori* e bollata come "dirigismo". Così i relevantissimi problemi di pianificazione dell'energia finiscono per risultare invisibili se si indossano gli occhiali forniti dalla teoria della liberalizzazione, la cui semplicistica contrapposizione tra intervento diretto e regolazione non riesce a cogliere la complessità dei problemi posti dalla materia.

Se si guarda al modo con cui si è sviluppata finora la disciplina dei mercati liberalizzati dell'energia si avverte chiaramente che il legislatore – tanto europeo quanto interno – si trova costantemente a fare i conti con istanze ineludibili emergenti dalla realtà, che non erano state previste nella regolamentazione precedente. È come se il modello introiettato nella originaria disciplina di liberalizzazione non contemplasse neppure la possibilità del sorgere di certi problemi e siano stati quindi necessari degli innesti successivi, che hanno prodotto una disciplina composita la quale non solo non risponde più ad alcun modello, ma finisce anche per essere attraversata da spinte contraddittorie e difficilmente conciliabili al suo interno.

Non si riesce a racchiudere la materia in un coerente impianto teorico, perché non ci sono né un unico principio né un'unica prospettiva che possano assicurare una qualche coerenza sistematica. La materia sfugge alla teoria, svelando la radice profondamente ideologica di quest'ultima. Ecco allora sorgere l'esigenza di interpretare il presente guardando a cosa sia effettivamente già successo nel passato, quindi non per una ricostruzione storiografica fine a se stessa, secondo l'«*atteggiamento placido e contemplativo*» tipico dello storicismo, che ci consegna soltanto «*un quadro irrecuperabile del passato*», ma

1450-1650, Bologna, il Mulino, 1999, la cui prospettiva, espressa icasticamente all'inizio della trattazione («*sarà opportuno sottolineare e chiarire preliminarmente la distinzione fra gli avvenimenti osservabili sulla lunga durata e i fenomeni a breve termine, oggetto di studio degli economisti. Riprendendo una vivace similitudine di Ernst Wagemann, diremo che ignorare tale distinzione sarebbe come confondere la varicella con la peste bubbonica*», p. 19), aveva affascinato profondamente Nicola.

⁶ W. BENJAMIN, *Eduard Fuchs*, cit., pp. 81 e 84. Nella frase citata nel testo, l'inciso «più o meno chiara» si riferisce al fatto che il presente in cui Fuchs era immerso – come probabilmente ogni presente – non gli consentiva di decifrare con chiarezza la situazione storica nella quale viveva. Il *deficit* di prospettiva storica sul presente – sostiene Benjamin – era compensato dall'intuito del collezionista: «*il collezionista Fuchs permise al teorico di comprendere molte cose a cui il suo tempo gli impediva di accedere*» (op. cit., p. 92).

«come un rivivere ciò che va compreso e le cui pulsazioni sono avvertibili ancora nel presente», rendendosi «consapevol(i) della costellazione critica in cui proprio questo frammento del passato s'incontra proprio con questo presente», in modo da «far agire l'esperienza della storia, che per ogni presente è un'esperienza originaria», attraverso «una coscienza del presente che fa deflagrare la continuità della storia»⁷.

Leggendo il capitolo di Nicola sulla evoluzione storica del diritto dell'energia ho avuto subito chiaro come il suo intento non fosse per nulla storicistico.

Da queste pagine traspare un visione del diritto non come insieme di norme che si succedono nel tempo, ma come esperienza⁸. E guardando al diritto come esperienza, diviene conseguentemente possibile vedere anche il passato come «una peculiare esperienza di esso, un'esperienza che si presenta nella sua unicità» e come «oggetto di una costruzione» attraverso la quale «vengono liberate quelle poderose energie che nel "c'era una volta" dello storicismo rimangono imbrigliate»⁹. In altri termini, Nicola si è dedicato a una costruzione del passato del diritto dell'energia atta a restituircelo come un insieme di esperienze giuridiche fatte nel passato, e proprio per questo capaci di essere fonte di esperienza anche per il tempo presente¹⁰.

3. I principi costruttivi della trattazione

La ricostruzione degli sviluppi del diritto dell'energia è amplissima e minuziosa, completa di tutti i riferimenti che definiscono il quadro giuridico dei vari aspetti trattati, dalla legge di unificazione amministrativa del 1865 alla vigilia delle liberalizzazioni comunitarie.

La materia è divisa in due grandi partizioni: l'«*approvvigionamento delle ri-*

⁷ W. BENJAMIN, *Eduard Fuchs*, cit., p. 83.

⁸ Intendo l'esperienza giuridica nel senso indicato da P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari-Roma, Laterza, 1995, rist. 2017, p. 22 ss., sulla base della lezione di Capograssi, Gurvitch e Orestano, come «schema interpretativo ordinante e unificante il divenire storico-giuridico», che individua «un insieme di scelte peculiari e di soluzioni peculiari per i grandi problemi che la realizzazione del diritto pone a seconda dei vari contesti storici», quindi come nozione che «rimanda alla vita del diritto, al consistere di questo in una dimensione dell'esistenza, "al carattere essenzialmente problematico del fenomeno giuridico" (E. OPOCHER, *Esperienza giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, Giuffrè, 1966, pp. 736 e 744) ... insomma lo strumento per cui date e dati si caricano di una urgente umanità e divengono per il giurista dei problemi».

⁹ W. BENJAMIN, *op. loc. ult. cit.*, ove anche si osserva che lo storico dialettico «deve abbandonare l'elemento epico della storia. Essa diventa per lui l'oggetto di una costruzione il cui luogo non è il tempo vuoto bensì quella determinata epoca, quella determinata vita, quella determinata opera ... L'eliminazione dell'elemento epico ad opera di quello costruttivo risulta essere la condizione di questa esperienza».

¹⁰ Come scrive ancora Benjamin, «è la costruzione dialettica a rilevare, rispetto ai dati di fatto semplicemente accumulati, ciò che nell'esperienza storica ci concerne originariamente», per essa «l'opera del passato non è un'opera conclusa», in quanto «non ha più per oggetto un groviglio di dati di fatto, bensì quel gruppo di fili che rappresenta la trama di un passato nell'orbito del presente» (*op. cit.*, rispettivamente pp. 116, 91, 93). Queste considerazioni mi sembra esprimano bene anche il principio costruttivo che ha guidato Nicola nel redazione dell'opera qui in commento e che lo colloca a buon diritto nella migliore tradizione storiografica antipositivistica, per la quale «la funzione dello storico non consiste né nell'amare il passato né nel liberarsi del passato, bensì nel rendersene padrone e nel comprenderlo, per giungere così alla comprensione del presente» e che quindi la storia come «un continuo processo di interazione tra lo storico e i fatti storici, un dialogo senza fine tra il presente e il passato» (E.H. CARR, *Lo storico e i fatti storici*, in *Id.*, *Sei lezioni sulla storia*, II ed., Torino, Einaudi, 1966, rist. 2000, p. 11 ss.).

sose energetiche primarie», da una parte, e la «produzione e commercializzazione dei prodotti energetici», dall'altra. Nella prima parte vengono trattati gli aspetti relativi alle condizioni di appropriazione e di sfruttamento delle risorse energetiche: le derivazioni di acque pubbliche per forza motrice; i limiti allo sfruttamento delle risorse forestali per usi energetici; le risorse energetiche del sottosuolo (carbone, gas naturale, petrolio, risorse geotermiche e uranio). Nella seconda parte vengono trattati gli aspetti che riguardano i mercati del carbone, del gas naturale (somministrazione ai piccoli e medi consumatori; trasporto e vendita ai grandi consumatori; regime dei prezzi), dei prodotti petroliferi (raffinazione; depositi, serbatoi e oleodotti; distribuzione per esigenze di autotrazione; gas di petrolio liquefatti; regime dei prezzi), dell'energia elettrica (prima e dopo la nazionalizzazione, fino alla parentesi nucleare, alla crisi petrolifera e alle prime riaperture del mercato elettrico italiano).

Solo apparentemente la trattazione si presenta come una mera descrizione della disciplina normativa nelle sue varie modificazioni e stratificazioni. Come scrive E.H. Carr, «secondo l'immagine che il senso comune ha della storia, vi sono alcuni fatti fondamentali, identici per tutti gli storici, che formano, per così dire, la spina dorsale della storia», ma «la scelta di questi fatti fondamentali dipende non già da una qualità intrinseca dei fatti stessi, ma da una decisione a priori dello storico [...] I fatti parlano soltanto quando lo storico li fa parlare: è lui a decidere quali fatti debbano essere presi in considerazione, in quale ordine e in quale contesto [...] L'esser considerato o meno un fatto storico dipende, quindi, da un problema di interpretazione»¹¹. Sottilmente, direi quasi umilmente, Nicola cerca di far parlare il materiale che ha dispiegato davanti a sé. Non inframmezza l'esposizione con alcun commento, si dedica unicamente alla «costruzione», alla «disposizione» del materiale. C'è un'interpretazione sotto, che sarà esplicitata come vedremo nelle conclusioni, ma è come se Nicola volesse lasciare al lettore la libertà di trarre anzitutto le proprie considerazioni dall'insieme della ricostruzione a lui offerta.

A una lettura frettolosa questo atteggiamento espositivo potrebbe dare l'impressione di descrittivismo, ma ci si accorge immediatamente della presenza di forti principi costruttivi.

In primo luogo, si nota una costante attenzione per le condizioni concrete e per le scelte politiche che hanno determinato la produzione della disciplina giuridica. In tal modo, la storia giuridica si raccorda alla storia reale. Quindi, attenzione alle determinanti della produzione normativa, alle cause della formazione degli istituti giuridici, ma prima ancora attenzione, più che al diritto già posto, al farsi del diritto¹². Capire le ragioni che hanno presieduto al farsi di una disciplina è un esercizio imprescindibile per chi aspira a una vera comprensione. Questa è un'indicazione che si respira quasi in ogni riga della trattazione in esame.

In secondo luogo, il centro focale della ricostruzione è l'intervento pubblico nelle dinamiche economiche. Questo è il principio costruttivo in base al quale

¹¹ *Op. cit.*, pp. 14-17.

¹² Per una illustrazione di questa prospettiva si veda, se si vuole, B. TONOLETTI, *Le situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, in *Quaderni del Seminario di Studi e Ricerche Parlamentari Silvano Tosi*, n. 20, Torino, Giappichelli, 2010, p. 121 ss., spec. 122. Come avvertiva N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova, Cedam, 1942, rist. Torino, Giappichelli, 2010, p. 18 in nota, l'indagine sulle fonti del diritto «non può arrestarsi al sistema come ultima fonte se non a costo di abdicare dalla sua funzione teoretica, ma deve spingersi a spiegare il prodursi, il farsi stesso del sistema».

è stato scelto il materiale normativo rilevante per l'esposizione, che si caratterizza quindi per essere una trattazione tipicamente di diritto amministrativo, nella quale l'esposizione della disciplina giuridica ha sempre come punto di riferimento non il regime dell'attività economica, bensì la missione di interesse pubblico affidata all'apparato amministrativo. L'adozione di questa prospettiva non è stata dettata semplicemente dall'essere Nicola uno studioso di diritto amministrativo. Piuttosto, la sua sensibilità di amministrativista gli ha consentito di percepire tutta l'importanza, per la comprensione del tempo presente, di recuperare il senso profondo della prospettiva pubblicistica, andato smarrito con l'avvento delle liberalizzazioni e con l'egemonia di quello che efficacemente è stato chiamato lo «*stile giuridico neoliberale*»¹³. Vedremo che qui trova fondamento un'importante interpretazione della «*evoluzione storica della disciplina giuridica delle energie*» proposta da Nicola nelle considerazioni conclusive del capitolo.

Infine, vi sono due corollari molto significativi dei principi costruttivi sopra evidenziati.

Con riguardo al primo, la ricerca delle ragioni della disciplina e l'attenzione al suo farsi piuttosto che alla sua nuda vigenza, portano con sé un'attenzione per l'oggetto della disciplina che rende la trattazione viva e concreta, molto lontana dalla vacua purezza degli epigoni del normativismo. Non so se l'Autore sarebbe stato d'accordo con la mia osservazione, ma a me sembra che nel suo essere attento agli influssi della realtà sulle norme e delle norme sulla realtà egli avesse fatto propria la migliore lezione del realismo giuridico, pur senza allentare in alcun modo la distinzione tra i fatti e le norme¹⁴.

Con riguardo al secondo, uno dei frutti più interessanti della prospettiva amministrativistica adottata nella ricostruzione storica è la sottolineatura delle ricorrenti anticipazioni ad opera della prassi amministrativa di soluzioni a problemi che non erano contemplati dalla disciplina normativa scritta. Oltre ad emergere qui il profondo influsso avuto dallo studio dei poteri impliciti sul modo con cui Nicola guardava all'amministrazione¹⁵, importante è la scoperta della rilevanza teorica di questi fenomeni di intervento amministrativo anticipato rispetto a tardive soluzioni legislative, i quali segnalano, da un lato, la cruciale posizione di avamposto che l'amministrazione svolge sulla frontiera della realtà, che sopravanza spesso la capacità previsionale del legislatore, ma anche, dall'altro, la perenne tendenza del governo ad agire per le vie brevi senza passare attraverso il vaglio del dibattito parlamentare.

4. Esempificazione attraverso alcuni estratti del lavoro

Sarebbe riduttivo in questa sede riassumere la ricca trattazione contenuta nel lungo e denso capitolo. Tuttavia, mi sembra importante fornire almeno un'esemplificazione degli aspetti sopra illustrati, mettendo soprattutto in rilievo le scelte relative ai contenuti della ricostruzione storica, da un lato, e ai fili che compongono la trama della narrazione, dall'altro.

¹³ Il riferimento è a F. DENOZZA, *Regole e mercato nel diritto neoliberale*, in M. RISPOLI FARINA-A. SCIARRONE ALIBRANDI-E. TONELLI, *Regole e mercato*, t. II, Giappichelli, Torino, 2017, p. XV ss.

¹⁴ Mi riferisco in particolare alle considerazioni d'avvio di S. CASSESE-L. TORCHIA, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, il Mulino, Bologna, 2014, p. 15 ss.

¹⁵ N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano, 2001.

Riepilogando quanto sopra osservato, l'intervento pubblico è il centro focale di una ricostruzione storica principalmente rivolta a illuminare le condizioni fattuali e alle scelte politiche che hanno determinato l'evoluzione della disciplina giuridica, esposizione resa viva e concreta dall'attenzione per l'oggetto della disciplina, da un lato, e per la prassi degli apparati amministrativi, dall'altro.

Le vicende su cui si sofferma lo sguardo dello storico assumono valore paradigmatico e in questo modo riescono ad esprimere un insegnamento, spesso anche un monito, per il tempo presente.

Il legame tra il passato e il presente è dato dall'oggetto della disciplina. Le fonti energetiche, la produzione, la distribuzione e il consumo dell'energia sono oggetti che attraversano il tempo, ponendo problemi ricorrenti e confrontabili in termini sia sincronici sia diacronici.

Ad esempio, alle origini dello sfruttamento delle acque pubbliche per la produzione di energia elettrica si verifica una vicenda direttamente confrontabile con quella che ha segnato l'avvio delle politiche di promozione delle fonti rinnovabili imposte dalla direttiva del 2001/77/CE. Entrambe le vicende sono caratterizzate dall'imprevidenza del legislatore, che lascia il campo libero all'opportunismo della speculazione privata, ai cui deleteri effetti fanno fronte gli apparati amministrativi mediante una prassi anticipatrice dell'evoluzione normativa.

L'importanza dell'innovazione tecnologica che aveva consentito di utilizzare la forza dell'acqua per la generazione di energia elettrica fu inizialmente sottovalutata dal legislatore, che approvò una legge del tutto inadeguata alle esigenze di disciplina del fenomeno. Infatti, nonostante «*gli intensi dibattiti che ne precedettero l'approvazione*», la legge n. 2644/1884 non contemplava

particolari criteri di scelta in caso di presentazione di più domande fra loro incompatibili sul medesimo corso d'acqua e, dunque, in pratica era riconosciuto – conformemente all'impostazione agraria che ancora caratterizzava la legge – un diritto di preferenza alla richiesta presentata per prima, a prescindere dai contenuti e delle caratteristiche delle successive. Si trattava di un sistema di scelta che favoriva la presentazione massiccia di istanze anche poco attendibili, con funzioni meramente speculative di accaparramento (incentivava, in definitiva, la formulazione di domande esistenti solo sulla carta, con l'unico intento di rivendere poi al migliore offerente la priorità acquisita): anche al di fuori delle ipotesi di accaparramenti meramente opportunistici, d'altra parte, l'assenza di un possibile confronto fra progetti alternativi, ancorché reciprocamente incompatibili, rendeva di fatto impossibile una scelta davvero oculata circa la destinazione della risorsa idrica così impegnata.

Il criterio della priorità della domanda fu superato a livello legislativo soltanto con il r.d.l. n. 2161/1919, che introdusse per la prima volta «*alcuni parametri, ordinati in senso gerarchico, per la scelta fra domande concorrenti*». Tuttavia, l'Autore nota che

si tentò di ovviare al problema in sede regolamentare, con un'operazione di davvero discutibile legittimità, ove si confermò il parametro fondamentale della priorità temporale dell'istanza, ma contestualmente si ammetteva anche la possibilità di preferire una domanda successiva se caratterizzata da prevalenti ragioni di interesse collettivo.

In tal senso disponevano i regolamenti di attuazione della legge del 1884 (art. 13 del r.d. n. 3544/1885 e artt. 8-9 del r.d. n. 710/1893). Dunque, il Go-

verno, già all'indomani dell'approvazione della legge, aveva messo la prassi amministrativa in grado di affrontare il problema degli accaparramenti speculativi della risorsa idroelettrica, attribuendo agli organi competenti al rilascio delle concessioni un potere discrezionale che la legge loro non riconosceva e così anticipando le linee di un sistema che soltanto trent'anni dopo avrebbe trovato consacrazione legislativa. E fu sempre il Governo, «con una circolare ministeriale di dubbia legittimità» emanata il 21 febbraio 2002, che provocò «l'intenso dibattito alla Camera dei deputati nella seduta del 24 aprile 2002», a sospendere l'applicazione della legge, dando avvio alla discussione promossa da Nitti «sulla necessità per lo Stato, nella prospettiva di sostenere lo sviluppo produttivo del Paese, di incoraggiare massicciamente la produzione idroelettrica tramite sovvenzioni economiche e altri provvedimenti di favore».

Come sopra accennato, la vicenda ricorda la recente esperienza della promozione delle fonti rinnovabili, ove il d.lgs. n. 387/2003, di recepimento della direttiva 2001/77/CE, ha introdotto forti incentivi per la realizzazione di nuovi impianti alimentati da fonti rinnovabili e ha dettato una disciplina speciale per i relativi procedimenti autorizzativi, senza però curarsi dei complessi problemi di pianificazione che la politica di incentivazione avrebbe provocato. Proprio come la legge del 1884 per le acque pubbliche, anche la recente normativa sulla promozione delle fonti rinnovabili ha adottato un'impostazione liberista, affidando interamente all'iniziativa privata le scelte circa la localizzazione e la tipologia degli impianti da realizzare e confidando nello spontaneo adeguamento della capacità di rete alla nuova domanda di trasporto che in tal modo si sarebbe sviluppata. Da un lato, l'adozione del criterio della priorità della presentazione della domanda, in presenza di forti incentivi economici e in assenza di programmazione, ha puntualmente generato comportamenti speculativi analoghi a quelli registratisi per le derivazioni idroelettriche alla fine del XIX secolo. D'altro lato, l'impetuoso sviluppo non programmato delle iniziative nel campo delle rinnovabili, ha condotto le Regioni maggiormente interessate dal fenomeno a introdurre svariate forme di moratoria, in attesa dell'approvazione delle linee guida nazionali previste dall'art. 12 del d.lgs. n. 387/2003.

In questa prospettiva, la vicenda delle acque pubbliche rappresenta un monito che, rimasto inascoltato da parte del legislatore neoliberista¹⁶ contemporaneo, diviene oggetto di «costruzione» da parte dello storico «consapevole della costellazione critica in cui proprio questo frammento del passato si incontra con questo presente», capace di trasformare «un groviglio di dati di fatto» in «quel gruppo di fili che rappresenta la trama di un passato nell'ordito del presente», al fine di mostrare che «questo¹⁷, come molte altre cose intorno alle quali il passato ha inutilmente insegnato, dovrà insegnarlo, sempre di nuovo, il futuro»¹⁸.

Ma questo intento critico della ricostruzione storica permea l'intera trattazione.

¹⁶ Con questo aggettivo intendo non solo evidenziare l'ideologia neoliberista cui anche la prima normativa sulla promozione delle fonti rinnovabili si ispirava, ma soprattutto rilevare che il liberismo adottato dalla normativa sulle fonti rinnovabili è proprio una riedizione dello stesso liberismo che caratterizzava la legislazione sulle acque del 1884, e con questo sottolineare che sono proprio gli occhiali liberisti quelli che rendono il legislatore così imprevedente e incapace di ascoltare l'ammaestramento della storia.

¹⁷ Nella specie, l'inadeguatezza dell'impostazione liberista rispetto ai complessi problemi dell'approvvigionamento energetico.

¹⁸ Oltre alle citazioni riprese dal paragrafo 2, l'ultima frase riportata è quella con cui si chiude il saggio su Fuchs (W. BENJAMIN, *op. cit.*, p. 116).

Ad esempio, considerando che l'Italia è sempre stato un Paese prevalentemente importatore di risorse energetiche si comprende la minuzia con cui nella trattazione si ricostruiscono le vicende della disciplina delle importazioni del carbone, «la cui produzione interna era largamente insufficiente a coprire il fabbisogno nazionale», seguendo le linee di corrispondenza tra emergenze dell'approvvigionamento, intervento normativo e sviluppo degli apparati amministrativi.

Mi sembra utile a questo proposito riportare per esteso un brano da cui emerge in maniera evidente lo stile espositivo seguito dall'Autore:

Furono poi le necessità autarchiche legate alla difficile posizione internazionale dell'Italia a portare, per un verso, a numerose leggi singolari di concessione di finanziamenti pubblici speciali a favore della coltivazione delle miniere di carbone italiane²⁰¹ e, per l'altro, nell'estate del 1935, a tre altre importanti novità.

Fu anzitutto istituito un vero e proprio monopolio statale (affidato al servizio approvvigionamenti dell'Amministrazione delle Ferrovie dello Stato) per l'acquisto all'estero, fra le altre cose, anche del carbone²⁰².

Fu poi creata l'Azienda Carboni Italiani (ACal)²⁰³, ente di diritto pubblico sottoposto a vigilanza governativa cui fu attribuito il compito di sviluppare (direttamente o a mezzo di Società controllate) la ricerca, la produzione e la coltivazione del carbon fossile nazionale e, in tale prospettiva, di chiedere permessi di ricerca e concessioni di coltivazione ai sensi del r.d. n. 1443 del 1927²⁰⁴. All'ACal fece capo la gestione del bacino carbonifero di Arsa (in Istria) e di quello del Sulcis (in Sardegna)²⁰⁵.

Si diede infine vita all'Ufficio prodotti minerari incorporato nel Ministero delle corporazioni, con la missione di sovrintendere alla produzione mineraria nazionale, inclusa quella di combustibili solidi (ma non quella di combustibili liquidi). All'Ufficio erano attribuiti penetranti (almeno in teoria) poteri direttivi nei confronti dei concessionari, nonché quelli di requisire prodotti minerari ritenuti necessari e di sopprimere il loro libero commercio "allo scopo di controllare la distribuzione al consumo"²⁰⁶.

Il monopolio per le importazioni fu abrogato nel 1945²⁰⁷, ma si mantenne in vita l'intervento pubblico nel settore dell'acquisto con l'estero. Nel 1946 si istituì l'Ente approvvigionamento carboni²⁰⁸, ente di diritto pubblico partecipato per il 50% dallo Stato e dall'IRI e per il restante 50% (almeno nelle previsioni) da imprese private (commerciali e industriali in ragione del 25% per ciascuna categoria): l'organismo (che fu posto in liquidazione nel 1952)²⁰⁹ doveva agire conformandosi alle indicazioni di un apposito Comitato governativo, al quale spettava di stabilire il quantitativo e le specie dei carboni esteri la cui importazione sarebbe stata di pertinenza dell'Ente e quelli che, invece, sarebbero stati importabili da operatori privati.

²⁰¹ Il tema dei rapporti in quell'epoca fra carboni di origine nazionale e soddisfacimento del fabbisogno energetico interno è trattato con dovizia di particolari in M. Monti, *L'Italia e il mercato mondiale del petrolio*, Roma, 1930, pp. 21 ss.

²⁰² R.d.l. n. 1375 del 1935.

²⁰³ R.d.l. n. 1406 del 1935.

²⁰⁴ Il modello dell'ACal fu successivamente replicato con l'Azienda Ligniti Italiane, istituita con legge n. 257 del 1940, cui era demandato il compito di provvedere alla ricerca e alla coltivazioni di miniere lignifere e di giacimenti di torba: essa non raggiunse alcun risultato di rilievo e fu soppressa con il d. lgs. n. 1429 del 1948.

²⁰⁵ Il giacimento istriano era di titolarità della Società anonima carbonifera (SAC) Arsa. Esso era stato gestito, a partire dal 1881 e fino all'annessione della regione all'Italia al termine della prima guerra mondiale, dalla viennese Trifailer Kohlenwerk Gesellschaft; terminato il conflitto, nella titolarità del giacimento passò alla SAC, all'epoca società privata controllata da Guido Segre, futuro presidente dell'ACal (si veda su questi temi F. Krecic, *Arsia, la bianca città del carbone. Storia della fondazione di un centro minerario in Istria tra le due guerre*, Forum, Udine, 2012,

pp. 31 ss.). Il giacimento del Sulcis, invece, era di titolarità della Società mineraria carbonifera sarda, spesso conosciuta con la denominazione abbreviata di Carbosarda. La Società fu istituita nel 1933 su iniziativa della Società dell'Arsa per subentrare a numerosi concessionari privati, in particolare alla Società anonima miniere di Bacu Abis. Attraverso operazioni finanziarie non sempre chiare, il controllo azionario delle due Società passò progressivamente allo Stato: naturalmente, dopo la fine della seconda guerra mondiale il controllo governativo continuò a esercitarsi sulla sola Carbosarda (per la storia di quest'ultima si veda G. Are-M. Costa, *Carbosarda. Attese e delusioni di una fonte energetica nazionale*, Franco Angeli, 1989, Milano).

²⁰⁶ R.d.l. n. 2154 del 1935.

²⁰⁷ D.lgs.lgt. n. 652 del 1945.

²⁰⁸ D.lgs. C.p.S. n. 369 del 1946. In occasione dell'abrogazione del monopolio, in realtà, fu creato l'Ufficio centrale carboni (incardinato sempre presso l'Amministrazione delle Ferrovie dello Stato) con l'incarico di procedere, secondo piani decisi dal Ministero dell'Industria, all'acquisto, all'importazione e alla distribuzione in Italia dei carboni fossili esteri. A sua volta, l'Ufficio centrale carboni fu sostituito dall'Ente approvvigionamento carboni.

²⁰⁹ Sulla base della disciplina speciale di cui all'art. 11, d.lgs. n. 780 del 1948. La ragione della messa in liquidazione dell'Ente, stando a quanto dichiarato alla Camera dei deputati dal Ministro dell'Industria in carica in occasione della seduta del 9 gennaio 1953, consisteva nella decisione del Comitato governativo di indirizzo di restituire per intero il settore delle importazioni all'imprenditoria privata.

In materia di gas naturale, dopo aver notato che *«solo all'esordio del nuovo millennio il legislatore italiano si è preoccupato di sottoporre a una regolamentazione specifica le importazioni»*, il testo si sofferma sul tornante cruciale che, in reazione alle crisi petrolifere degli anni Settanta, ha generato la situazione di partenza, di monopolio di fatto dell'Eni, con cui ha dovuto fare i conti il processo di liberalizzazione del mercato del gas nel nostro ordinamento.

Anche qui conviene riportare il passo per esteso, che dimostra quanto l'Autore fosse abile nel delineare rapidamente, con pochi tratti, anche situazioni particolarmente complesse:

Le crisi petrolifere, ricorrenti a partire dagli anni '70 del secolo scorso, hanno avviato un processo di graduale sostituzione del gas naturale al petrolio come energia primaria per le attività industriali e termoelettriche²⁹⁸ e nella stessa direzione ha spinto anche l'accentuata sensibilità ambientale (il gas naturale è meno inquinante delle fonti energetiche derivate dal petrolio). Questo insieme di fattori ha contribuito a trasformare l'Italia in importatore netto di gas naturale: senonché il fenomeno si è verificato in un'epoca in cui, nei fatti anche se non nelle astratte previsioni normative, non era neppure ipotizzabile, neanche in potenza, un vero e proprio mercato delle importazioni.

Pur in assenza di una specifica disciplina legislativa²⁹⁹, fra il 1967 e il 1970 fu realizzato a Panigaglia il primo rigassificatore italiano, in quel momento unica infrastruttura fissa dedicata all'importazione di metano (dalla Libia). Nel 1974 entrarono poi in funzione, quasi in contemporanea, due metanodotti per l'importazione di gas naturale rispettivamente dall'Unione sovietica e dall'Olanda: e da quel momento in avanti le importazioni sono state affidate pressoché integralmente al sistema dei gasdotti di trasporto a grande pressione. La loro costruzione, tuttavia, era in pratica appannaggio delle società del gruppo Eni e, in particolare di Snam, grazie, per un verso, allo speciale (e assai più favorevole, rispetto a quello ordinario) regime sulle espropriazioni loro riservato³⁰⁰ e, per l'altro, all'esclusiva che sempre a Eni era stata riconosciuta proprio nel 1974 per la realizzazione di stoccaggi sotterranei nella pianura padana³⁰¹.

Paradossalmente poi il monopolio di fatto del gruppo trasse vantaggio dalla circostanza di non essere monopolio di diritto (con la conseguente non applicabilità dell'obbligo legale di contrarre³⁰²); oltretutto, il dovere di vettoriare sulle proprie reti gas naturale di soggetti terzi, quando venne introdotto³⁰³, fu espressamente limitato a quello di produzione interna. Nella sostanza, quindi,

l'incremento delle importazioni di gas naturale in Italia tramite metanodotto fu lasciata all'iniziativa del gruppo Eni, alla sua capacità di concludere contratti di fornitura con i produttori esteri e alla sua disponibilità, peraltro largamente sovvenzionata dallo Stato, di installare nuove infrastrutture di trasporto. Vanno qui menzionati, a tale ultimo proposito, i programmi governativi di metanizzazione del territorio italiano che si sono succeduti a partire dagli inizi degli anni '80 del secolo scorso³⁰⁴ e che si sono basati sul potenziamento della rete di metanodotti di importazione dall'Africa settentrionale. Essi si sostanziarono, per quanto adesso interessa, in speciali contributi economici a carico del bilancio dello Stato per la costruzione di adduttori secondari, contributi che, fino al 2000³⁰⁵, erano per legge riservati al gruppo Eni³⁰⁶.

²⁹⁸ Non si trattò di un fenomeno causato da considerazioni di carattere esclusivamente commerciale: il percorso che condusse gradualmente a preferire il metano, rispetto all'olio combustibile derivato dal petrolio, per l'alimentazione delle centrali elettriche fu guidato dal legislatore, europeo e italiano (la direttiva Cee n. 405 del 1975, recepita con il d.p.r. n. 729 del 1982, aveva introdotto notevoli limitazioni alla possibilità per gli Stati membri di autorizzare la costruzione di nuove centrali termoelettriche). Degno di nota, comunque, è il fatto che per qualche anno fu vigente la regola in forza della quale la conclusione di nuovi contratti di fornitura di gas naturale per l'alimentazione di centrali termoelettriche doveva ricevere una preventiva autorizzazione ministeriale (d.p.r. n. 670 del 1982, recante il recepimento della direttiva Cee n. 404 del 1975). Tale ultima direttiva è stata però abrogata dalla direttiva Cee n. 148 del 1991 e il sistema introdotto dal d.p.r. n. 670 del 1982 fu definitivamente soppresso con l'art. 46, legge n. 128 del 1998.

²⁹⁹ Che sarebbe intervenuta solo con l'art. 16, legge n. 9 del 1991, che subordinava la costruzione e l'esercizio degli impianti di rigassificazione a concessione del Ministro dell'industria.

³⁰⁰ Art. 23, legge n. 136 del 1953.

³⁰¹ Art. 2, legge n. 170 del 1974.

³⁰² Di cui all'art. 2597, cod. civ. 1942. Sull'argomento si avrà modo di tornare in prosieguo.

³⁰³ Si allude al già citato art. 12, legge n. 9 del 1991.

³⁰⁴ Il primo programma di metanizzazione è stato varato dal CIPE sulla base dell'art. 11, legge n. 784 del 1980. Numerosi sono stati peraltro gli interventi legislativi che, successivamente alla sua istituzione, ne hanno disposto il rifinanziamento, la proroga di durata e anche l'ampliamento geografico (esso era originariamente circoscritto alle Regioni meridionali del nostro Paese e fu successivamente esteso anche ai Comuni montani del centro e del nord e alla Sardegna): art. 37, legge n. 219 del 1981; art. 3, d.l. n. 364 del 1987, convertito con legge n. 445 del 1987; art. 24, legge n. 10 del 1991; d.l. n. 8 del 1993, convertito con legge n. 68 del 1993; art. 2, legge n. 73 del 1998; art. 9, legge n. 266 del 1997. L'art. 29, comma 2, lett. n), d. lgs. n. 112 del 1998 ha peraltro mantenuto in capo allo Stato la competenza alla gestione del programma di metanizzazione fino alla sua conclusione.

³⁰⁵ Art. 19, comma 6, d. lgs. n. 164 del 2000.

³⁰⁶ Nel 2000 le importazioni – fatta eccezione per il rigassificatore di Panigaglia – erano assicurate dai gasdotti Snam da Mazara del Vallo a Minerbio (per il gas algerino), da Tarvisio a Sergnano, da Tarvisio a Zimella e da Pordenone a Istrana (per il gas russo) e da Gries a Mortara (per quello olandese). A ciò si deve aggiungere che il transito all'estero del gas naturale importato per il tramite di quei metanodotti era assicurato fino al confine italiano da gasdotti (Tenp, Tag, Transitgas, Ttpc e Tmpc) a loro volta gestiti da Società in cui la stessa Snam aveva partecipazioni di controllo o comunque assai rilevanti. Per questi dati si veda, fra i tanti documenti, la relazione tecnica dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas allegata alla delibera n. 186 del 2000, con cui è stato espresso parere circa il decreto del Ministro dell'industria di prima identificazione della rete dei gasdotti nazionali.

Trattando delle difficoltà di controllare le importazioni di carbone nel periodo immediatamente precedente il Trattato istitutivo della CECA, viene introdotta un'osservazione relativa agli effetti redistributivi dell'intervento pubblico che nuovamente chiama in causa alcuni aspetti problematici della disciplina attuale:

La dipendenza dalle importazioni ha naturalmente ristretto in misura decisiva lo spazio di manovra regolatoria dei poteri pubblici italiani, i quali si trovavano spesso in sostanza a dover uniformare le proprie scelte alle dinamiche dei mercati esteri senza alcuna reale alternativa³⁶⁶.

Come si è visto, non mancarono interventi volti a razionalizzare in vario modo gli acquisti dall'estero di carbone (talvolta giungendo al monopolio pubblico, come per esempio durante la seconda guerra mondiale, talaltra affiancando le importazioni pubbliche a quelle private e sottoponendo queste ultime a controllo), ma essi si tradussero in definitiva nella creazione di una sorta di stazione di committenza pubblica (in esclusiva o meno, a seconda dei casi), nulla di più. Degno di nota è, comunque, che in questi sistemi l'approvvigionamento pubblico del carbone estero implicava, a valle, la distribuzione della materia prima acquistata fra le diverse possibili destinazioni (con preferenza, naturalmente per quelle di interesse pubblico) e la conseguente necessità, per l'utilizzatore finale privato, di ottenere un provvedimento formale di assegnazione. Anche in assenza di un vero e proprio monopolio pubblico (come, per esempio, nell'immediato secondo dopoguerra), in ogni caso, la presenza dello Stato come acquirente presupponeva una preventiva ripartizione delle possibilità di importazione fra l'amministrazione e gli operatori privati³⁶⁷ e la necessità per questi ultimi di dotarsi di una preventiva autorizzazione³⁶⁸.

³⁶⁶ È significativa in questa prospettiva la notizia, riportata *Carbosarda* cit., secondo cui sul finire degli anni '30 del secolo scorso Mussolini, per cercare di sostenere la vendita in Italia del carbone del Sulcis, incaricò i Prefetti di esercitare pressioni officiose sui principali utilizzatori finali per indurli a rinunciare all'acquisto di carbone straniero, senza peraltro ottenere un grande successo. Un tentativo di questo tipo venne poi ripetuto nei primi anni '50, attraverso circolari del Ministero dell'industria rivolte però alle sole pubbliche amministrazioni: anche in questo caso pochi furono gli effetti positivi ottenuti.

³⁶⁷ Come si è già accennato, spettava a uno speciale Comitato governativo (conosciuto come "Comitato carboni") dapprima formulare pareri al Ministro dell'industria per la predisposizione di piani concernenti la disciplina della produzione, della distribuzione e dell'assegnazione dei carboni nazionali, nonché dell'importazione e successiva distribuzione di quello estero (d.lgs. lgt. n. 471 del 1946) e, poi, stabilire direttamente il quantitativo e la specie dei carboni esteri da importarsi da parte dell'Ente approvvigionamento carboni e di quelli la cui importazione sarebbe stata possibile da parte dei privati (d.lgs. C.p.S. n. 369 del 1946).

³⁶⁸ Il che, comunque, poteva tornare di qualche utilità. Stando a quanto riferiva il Senatore Federico Ricci durante la seduta del Senato del 28 giugno 1950, per esempio, uno dei motivi che induceva alla protesta i grandi industriali consumatori di carbone rispetto all'azione dell'Ente approvvigionamento carboni era che esso provvedeva a rivendere tale materia prima presso gli utilizzatori finali a un prezzo unico, pari alla media di quelli corrisposti per l'acquisto (il tutto in un contesto, come si è visto e come si vedrà, in cui l'importazione privata era ancora contingentata). In questo modo, evidentemente, l'Ente cercava di sfruttare le economie di scala del suo essere acquirente di grandi quantitativi al fine di attenuare l'impatto dei costi nei confronti delle piccole e medie imprese, che difficilmente sul mercato internazionale sarebbero riuscite a spuntare prezzi migliori: i grandi consumatori di carbone, viceversa, avrebbero avuto tutto l'interesse a poter gestire in autonomia le importazioni necessarie per coprire il proprio fabbisogno.

Queste considerazioni avvicinano un momento superato di regolamentazione di una fonte energetica anch'essa superata a problemi assai rilevanti incontrati dal processo di liberalizzazione dell'energia elettrica. Penso non soltanto agli effetti distributivi dell'assegnazione della capacità d'importazione, che indussero dapprima l'Autorità di regolazione a tentare d'introdurre forme di aggiudicazione mediante gara pubblica e più tardi il legislatore a sottrarre la competenza all'Autorità indipendente per trasferirla al Ministero delle attività produttive. Penso anche alle ragioni che avevano spinto a introdurre l'Acquirente unico come strumento di gestione aggregata della domanda all'ingrosso per i consumatori finali nel mercato non liberalizzato e alle ragioni che dovrebbero ancora oggi quantomeno suggerire una riflessione sull'opportunità di aggregare la domanda al fine di favorire una liberalizzazione del mercato degli utenti finali che tuteli realmente gli utenti privi di potere contrattuale nei confronti dei fornitori. Ma, soprattutto, mi sembra che su quelle considerazioni

valga la pena di riflettere per impostare un discorso critico sugli effetti di discipline tardivamente introdotte, sempre per far fronte a problemi di programmazione inizialmente non contemplati dalla normativa di liberalizzazione, come quella sulla riserva di capacità e quella sui servizi ausiliari.

Da ultimo, meritano di essere segnalate le puntuali ricostruzioni delle modalità con cui si realizzarono le reti di trasporto e di distribuzione delle varie fonti di energia. Tali ricostruzioni fanno emergere due costanti: da un lato, l'immancabile intervento pubblico di sostegno diretto o di sostituzione dell'iniziativa privata nella realizzazione delle infrastrutture di rete; dall'altro, lo sforzo di adattare la disciplina normativa alle esigenze dei cicli d'investimento.

Interessante, sotto il primo profilo, la ricostruzione dell'intervento pubblico per la metanizzazione del territorio:

Si cercò successivamente di riorganizzare in termini, almeno nelle intenzioni, più pregnanti l'intervento statale diretto in questo settore economico. Nel 1940 si diede così vita all'Ente Nazionale Metano (ente pubblico economico controllato dallo Stato, al cui capitale potevano però partecipare anche altri istituti di diritto pubblico)²⁴¹, cui fu assegnato il compito di *“eseguire, coordinare ... e controllare le ricerche si sorgenti e giacimenti metaniferi nel territorio nazionale e provvedere alla coltivazione degli stessi”* nonché di disciplinare e assicurare *“la vendita e la distribuzione”* del gas naturale. In tale prospettiva all'Ente era data la possibilità, oltre che di sovvenzionare ricerche svolte da operatori indipendenti, anche di chiedere, per sé o per le società partecipate, permessi di ricerca o concessioni di coltivazione ai sensi del r.d. n. 1443 del 1927²⁴², nonché di costruire e gestire metanodotti e stazioni di distribuzione di gas conservato in bombole: e nei fatti fu proprio quest'ultimo segmento della filiera a prevalere nella concreta esperienza dell'Ente, l'intervento pubblico nella produzione nazionale continuando invece a gravitare attorno all'Agip²⁴³. Il deflagrare del secondo conflitto mondiale impedì al programma governativo sul metano di dispiegarsi completamente, anche se non mancarono comunque risultati non del tutto disprezzabili²⁴⁴.

²⁴¹ Legge n. 1501 del 1940.

²⁴² Era previsto a tale riguardo che *“i concessionari di permessi di ricerca e di coltivazione di sorgenti e giacimenti metaniferi che”* entro i sei mesi successivi all'entrata in vigore della legge *“non abbiano provveduto alla ricerca e allo sfruttamento delle sorgenti e dei giacimenti metaniferi con metodi e mezzi finanziari e tecnici adeguati”* sarebbero stati dichiarati decaduti e che nella titolarità delle concessioni sarebbe potuto subentrare l'Ente.

²⁴³ Delle prime attività nel settore del gas naturale dell'Agip e dell'Ente Nazionale Metano parla E. Redenti, *Sugli aspetti giuridici della ricerca ed estrazione del metano*, cit., pp. 29 ss.

²⁴⁴ Nel 1941 l'Ente Nazionale Metano si associò, fra gli altri, all'Agip e alle Regie Terme di Salsomaggiore per dare vita alla Società Nazionale Metanodotti (Snam), che, nei due anni successivi, realizzò il metanodotto collegante Salsomaggiore (dove il gas naturale era estratto unitamente alle acque destinate alle terme) a Milano; fino al terzo anno della seconda guerra mondiale, inoltre, la produzione interna di gas metano aumentò progressivamente (si vedano i dati pubblicati in A. PRESENDA, *L'Eni nello sviluppo economico italiano. Dalla creazione dell'Agip alla legge del 1967*, in G. COTTINO (a cura di), *Ricerche sulle partecipazioni statali, II. L'Eni da Mattei a Cefis*, Torino, 1978, pp. 108 ss.).

[...]

La nascita dell'Eni, e la sua esenzione dai monopoli locali, contribuì ovviamente in modo decisivo all'incremento dell'estensione dei metanodotti (anche attraverso alcune sperimentazioni organizzative in anticipo rispetto ai tempi: è il caso per esempio di alcune società miste costituite nel nord Italia dai Comuni e dalla Snam)³⁸⁹, sebbene si trattasse di un fenomeno essenzialmente circoscritto alla pianura padana: già nell'immediato secondo dopoguerra, peraltro, fu molto importante in questa prospettiva l'impegno dell'Ente Nazionale Metano³⁹⁰.

La struttura geografica del territorio ritardò la diffusione capillare dei gasdotti e ciò limitò la pe-

netrazione del metano presso i piccoli e medi consumatori, anche se si affermarono metodi alternativi di alimentazione delle singole utenze e pure delle stesse reti locali di distribuzione.

Già allo scoppio della seconda guerra mondiale, per esempio, doveva essersi diffuso in modo non indifferente il mercato della somministrazione di metano mediante bombole³⁹¹ (in tale settore era attivo il già menzionato Ente Nazionale Metano), tanto che nel 1941 il Governo dispose la requisizione autoritativa dei recipienti, assoggettandone l'uso a un sistema di vigilanza pubblica³⁹². Negli anni '50 del secolo scorso fu progressivamente introdotta una disciplina più dettagliata di questo particolare segmento di mercato, ispirata, per un verso, alla liberalizzazione del commercio delle bombole e, per l'altro, alla sottoposizione della costruzione e dell'esercizio degli impianti di loro riempimento a un regime di preventivo assenso amministrativo³⁹³.

È stato però a partire dagli anni '80 del secolo scorso che l'affermazione del metano come risorsa energetica per i piccoli e medi consumatori ha conosciuto una decisiva accelerazione, superando le limitazioni geografiche dei decenni precedenti grazie ai programmi governativi di metanizzazione del territorio italiano³⁹⁴, a loro volta conseguenti alle problematiche dei mercati petroliferi internazionali e al desiderio di diversificare le fonti di approvvigionamento energetico, anche al fine di ridurre l'impatto ambientale dei consumi³⁹⁵.

Il primo programma di metanizzazione è stato varato dal CIPE sulla base dell'art. 11 della legge n. 784 del 1980 ed era originariamente circoscritto alle Regioni meridionali del nostro Paese: esso consisteva in contributi pubblici devoluti sia ai Comuni per la realizzazione o il potenziamento delle reti locali³⁹⁶, sia all'Eni per la predisposizione degli adduttori secondari necessari per collegare le prime ai metanodotti di Snam³⁹⁷, nonché nell'esenzione del gas metano utilizzato nelle stesse Regioni dal pagamento dell'imposta di consumo. Pur con i consueti ritardi³⁹⁸, il programma, successivamente esteso anche ai Comuni montani del centro e del nord³⁹⁹ e alla Sardegna, è riuscito a produrre esiti finali di indubbio rilievo⁴⁰⁰.

³⁸⁹ Ce ne informa A. ZANARDO, *Una storia felice*, cit., p. 14. Come emerge dalla lettura di L. FALSCHINI-G. KOJANEC, *Ente nazionale Idrocarburi (E.N.I.)*, in *Enciclopedia del petrolio e del gas naturale*, la Snam controllava il 90% del capitale sociale di Metano Città S.p.A. (il rimanente 10% era di titolarità di Agip Mineraria, la società del gruppo Eni cui fu inizialmente dato l'incarico di curare la produzione nazionale di gas naturale); Metano Città in parte era direttamente attiva nel settore della distribuzione locale, per il resto costituita con i Comuni di S. Angelo Lodigiano, Arcore, Casalpusterlengo e Borgomanero società a partecipazione paritetica (le c.d. Metanine) per l'esercizio del servizio nei rispettivi territori.

³⁹⁰ Si vedano ancora i dati pubblicati in A. PRESENDA, *L'Eni nello sviluppo economico italiano*, cit., pp. 108 ss. L'Ente Nazionale Metano fu istituito dalla legge n. 1501 del 1940 e fra i suoi compiti rientrava anche la costruzione e la gestione di metanodotti e di stazioni di distribuzione di gas conservato in bombole. E nei fatti fu proprio questa particolare missione a prevalere nella concreta esperienza dell'Ente (della produzione nazionale continuando invece a interessarsi l'Agip), fino a quando non fu soppresso e assorbito dall'Eni. Delle prime attività nel settore del gas naturale dell'Agip e dell'Ente Nazionale Metano parla E. REDENTI, *Sugli aspetti giuridici della ricerca ed estrazione del metano*, cit., pp. 29 ss.

³⁹¹ Le bombole di gas metano possono alimentare sia singole utenze, sia le reti locali di distribuzione (in questo ultimo caso la fornitura arriva alla stazione di compressione mediante carri bombolai).

³⁹² Decreto del Ministro delle Corporazioni del 16 marzo 1941.

³⁹³ Legge n. 640 del 1950, modificata dalla legge n. 145 del 1990; d.p.r. n. 1121 del 1950, sostituito dal d.p.r. n. 404 del 1991; legge n. 360 del 1959.

³⁹⁴ Si consideri, comunque, che anche in precedenza erano stati conferiti fondi speciali ai Comuni per il miglioramento e il potenziamento delle reti del gas (si veda, per esempio, la legge n. 537 del 1967).

³⁹⁵ Si inserisce in quest'ottica la costruzione da parte del gruppo Eni del nuovo metanodotto di importazione dall'Algeria, entrato in funzione nel 1983.

³⁹⁶ I Comuni potevano peraltro beneficiare anche di un sostegno economico pubblico per il riscatto delle concessioni di distribuzione del gas.

³⁹⁷ L'art. 19, comma 6, d.lgs. n. 164 del 2000, però, ha esteso i benefici economici del programma di metanizzazione, prima concessi al solo gruppo Eni, a qualsiasi impresa attiva nel settore del trasporto o della distribuzione del gas naturale.

³⁹⁸ Come dimostrano i numerosi interventi legislativi che, successivamente alla sua istituzione, ne hanno disposto il rifinanziamento e la proroga di durata: art. 37 della legge n. 219 del 1981; art. 3 del d.l. n. 364 del 1987, convertito con la legge n. 445 del 1987; art. 24 della legge n. 10 del 1991; art. 2 della legge n. 73 del 1998; art. 9 della legge n. 266 del 1997. L'art. 29, comma 2, lett. n) del d. lgs. n. 112 del 1998 ha peraltro mantenuto in capo allo Stato la competenza alla gestione del programma di metanizzazione fino alla sua conclusione.

³⁹⁹ D.l. n. 8 del 1993, convertito con la legge n. 68 del 1993.

⁴⁰⁰ Per i relativi dati si rinvia ancora a O. BERNARDINI-T. DI MARZIO, *La distribuzione del gas a mezzo di reti urbane in Italia*, cit., p. 29. Il giudizio positivo non può però coinvolgere la Sardegna, dove i risultati sono stati quanto mai modesti.

Sotto il secondo profilo segnalo la trattazione relativa al regime per la realizzazione degli elettrodotti:

Quando la veloce maturazione del mercato della produzione elettrica rese economicamente sostenibile la creazione di reti finalizzate a rifornire di elettricità unicamente utenti privati, furono spesso gli stessi Comuni – rivendicando la loro proprietà sulle aree attraversate dalle linee – a pretendere comunque di subordinarne l'installazione a una preventiva concessione amministrativa (a titolo oneroso, naturalmente, e, fattore non meno rilevante, contenente clausole relative alle tariffe massime praticabili all'utenza).

A questo insieme di problemi cercò di ovviare, con rara sollecitudine, la legge n. 232 del 1894, che disciplinava la *"trasmissione a distanza delle correnti elettriche destinate al trasporto ed alla distribuzione delle energie per uso industriale"*⁴⁶⁹.

In dichiarata analogia con la disciplina dettata dal codice civile dell'epoca per gli acquedotti⁴⁷⁰, fu introdotta una servitù legale di passaggio, la cui instaurazione non contemplava però l'intermediazione di un provvedimento amministrativo fra il proprietario del fondo attraversato dalla condotta (che poteva essere tanto sospesa, quanto sotterranea) e l'operatore interessato al collegamento: la legge identificava direttamente i termini (anche economici) del rapporto intercorrente fra i due soggetti⁴⁷¹, rimettendo all'autorità giudiziaria (sebbene con la previsione del *"rito sommario"*) il superamento di qualsiasi ragione di disaccordo fra i medesimi⁴⁷² e riservando una spazio per determinazioni amministrative solo con riferimento (in talune ipotesi tassative) alle concrete modalità esecutive delle opere⁴⁷³.

Fu con il regolamento di esecuzione dell'anno successivo⁴⁷⁴ che la disciplina fu perfezionata e arricchita di passaggi amministrativi innovativi: venne prevista la possibilità di ottenere una preventiva autorizzazione (prefettizia) per accedere coattivamente ai luoghi da attraversare per la redazione del progetto⁴⁷⁵; fu prescritto in termini generali di dare preventiva *"notifica"* del progetto della linea al Prefetto o al Ministro dell'agricoltura, industria e commercio (a seconda della lunghezza dell'elettrodotto)⁴⁷⁶; fu invece stabilita la necessità di un *"previo consenso"* (prefettizio o ministeriale, sempre in relazione all'estensione della linea) per l'attraversamento di strade pubbliche, ferrovie, fiumi, torrenti, canali, linee telefoniche e telegrafiche o per l'appoggio su monumenti pubblici⁴⁷⁷ (e fu proprio sulla base della previsione di questo speciale potere statale di autorizzazione che la giurisprudenza, sebbene con non poche oscillazioni, riconobbe che, per un verso, i Comuni erano stati privati del potere di subordinare a propria concessione l'attraversamento di aree pubbliche di loro pertinenza e, per l'altro, nessuna pretesa poteva essere opposta dai precedenti concessionari di illuminazione gas, ancorché titolari di un'esclusiva⁴⁷⁸).

⁴⁶⁹ Sul regime introdotto dalla legge n. 232 del 1894 si veda C. BALDI, *Le leggi sull'elettricità*, cit., pp. 3 ss. Per un suo inquadramento storico, invece, si rimanda a D. MANETTI, *La legislazione sulle acque pubbliche e sull'industria elettrica*, cit., pp. 124 ss.

⁴⁷⁰ Come emerge con nitidezza dalla lettura della relazione ministeriale di accompagnamento del relativo disegno di legge, in C. BALDI, *Le leggi sull'elettricità*, cit., pp. 229 ss.

⁴⁷¹ Il diritto all'ottenimento della servitù per la realizzazione delle condotte era riconosciuto a chiunque *"abbia permanentemente o anche solo temporaneamente il diritto di servirsene per usi industriali"* (art. 1, legge n. 232 del 1884) ed era condizionato unicamente dalla dimostrazione da parte dell'interessato *"di poter disporre delle medesime"* e di *"stabilirne il valore e l'utilità industriale"* (art. 5, legge n. 232 del 1884, ove si aggiungeva che in ogni caso *"il passaggio richiesto e il modo di esercizio del medesimo"* doveva essere *"il più conveniente ed il meno pregiudizievole al fondo servente"*). Gli artt. 6 e 7, legge n. 232 del 1894 regolavano poi i criteri per la determinazione dell'indennizzo dovuto al proprietario dei fondi attraversati.

⁴⁷² Art. 9, legge n. 232 del 1894. Netta era la differenza con la posa delle linee telefoniche, per la

quale l'art. 5, legge n. 184 del 1892 prevedeva espressamente che, in caso di disaccordo fra le parti, la servitù di passaggio sarebbe stata decretabile dal Prefetto.

⁴⁷³ Art. 4, legge n. 232 del 1894: “[d]ovendosi nell'eseguire le condutture elettriche attraversare strade pubbliche, ovvero fiumi o torrenti, o toccare la facciata esteriore di case verso le vie o piazze pubbliche, si osserveranno le leggi ed i regolamenti speciali sulle strade e sulle acque e le prescrizioni delle autorità competenti”.

⁴⁷⁴ R.d. n. 642 del 1895, il cui art. 1 specificava che per condutture elettriche a uso industriale sarebbero state da intendersi “tutte quelle destinate al trasporto dell'energia a distanza per mezzo delle correnti elettriche”, escluse solo le linee telegrafiche e telefoniche.

⁴⁷⁵ Artt. 2 e 3, r.d. n. 642 del 1895: presupposto per il rilascio dell'autorizzazione era, fra le altre cose, il riconoscimento prefettizio del “diritto di passaggio”.

⁴⁷⁶ Art. 5, comma 2, r.d. n. 642 del 1895.

⁴⁷⁷ Art. 5, comma 1, r.d. n. 642 del 1895: tale consenso non era richiesto nei casi in cui la linea fosse già stata dichiarata di pubblica utilità.

⁴⁷⁸ Come attestato da C. BALDI, *Le leggi sull'elettricità*, cit., pp. 235 ss. Sui dibattiti sorti nella letteratura specialistica e nella giurisprudenza su questi effetti del regolamento si veda D. MANETTI, *La legislazione sulle acque pubbliche e sull'industria elettrica*, cit., pp. 132 ss., la quale poi riferisce della sentenza delle Sezioni unite della Cassazione di Roma in data 6 luglio 1908 che, in controtendenza rispetto alla prima giurisprudenza, avrebbe affermato la necessità comunque, per l'attraversamento di aree pubbliche, del rilascio di una concessione comunale dopo l'ottenimento dell'autorizzazione prefettizia. La sentenza (riportata per esteso e diffusamente commentata in *Relazione presentata dal Senatore Oronzo Quarta Procuratore generale presso la Corte di cassazione di Roma nella Assemblea generale del 4 gennaio 1909*, Roma, 1909), in realtà, sanciva un diverso principio di diritto, anche se le conseguenze pratiche erano poi analoghe: stabiliva, in particolare, che il consenso comunale – sotto forma di concessione – era indispensabile non “per l'impianto” delle condutture in quanto tale, bensì per consentire l'esercizio del “servizio stesso che doveva per loro mezzo essere attivato e che consisteva nel fornire a tutti gli abitanti che la richiedevano sotto forma di luce o di forza motrice la prodotta energia elettrica, e nell'applicarla anche alla pubblica illuminazione ed agli altri usi che lo stesso Municipio venisse a sua volta richiedendo”. A questo pronunciamento in ogni caso reagì poi la circolare del Ministro dell'agricoltura, industria e commercio n. 29 del 12 settembre 1909, che ribadì l'inesistenza di qualsiasi potere comunale al riguardo: stando a D. MANETTI, *La legislazione sulle acque pubbliche e sull'industria elettrica*, cit., p. 138, da allora in poi solo 4 sentenze si uniformarono alle Sezioni Unite del 1908.

Gli stralci sopra riportati mostrano quanta concretezza Nicola fosse riuscito a raggiungere nello sforzo di cogliere per così dire “in presa diretta” il dipanarsi dell'intervento pubblico in materia di energia, tenendo conto non soltanto degli sviluppi del regime normativo, ma anche della prassi amministrativa e dell'azione degli operatori economici messi in campo dai poteri pubblici per influenzare dall'interno il processo economico.

5. Il senso dell'interrogazione storica: necessità di una politica energetica e limiti del liberalismo economico

L'ultimo paragrafo del capitolo è intitolato «Riflessioni di sintesi». Fino a questo momento il discorso è stato impersonale, rivolto esclusivamente all'esposizione del proprio oggetto. Improvvisamente, però, l'Autore passa ora ad esprimersi in prima persona, come per sottolineare che si tratta di una comprensione raggiunta grazie alla propria immersione diretta nella vicenda storica raccontata nelle pagine precedenti:

L'intento perseguito con la panoramica storica racchiusa nelle pagine che precedono non è stato solo di fornire alcune informazioni (comunque utili, a parere di chi scrive) sull'evoluzione della disciplina pubblicistica italiana sulle energie, ma anche di individuare l'eventuale esistenza in tale processo di sviluppo di al-

cuni elementi ricorrenti, capaci in quanto tali di, per un verso, lasciar intravedere la trama strutturale della narrazione svolta e, per l'altro, di fungere da guida per la trattazione di stretto diritto positivo che seguirà. *A mio avviso* elementi di questo genere in effetti sono facilmente identificabili e provo adesso a illustrarne, sinteticamente e schematicamente, i più importanti (corsivo aggiunto).

Leggendo le considerazioni che seguono il brano appena citato si comprende appieno la rilevanza della considerazione storica.

Il periodo trattato è ricostruito dall'Autore come una parentesi di diritto pubblico, durante la quale l'intervento diretto dei poteri pubblici nel processo economico è stato pervasivo e costante, che si sviluppa a partire da un estremo liberale e poi alla fine a quell'estremo problematicamente ritorna:

Nei suoi esordi, in effetti, la legislazione energetica italiana dovette fronteggiare e cercare di neutralizzare ostacoli e resistenze legate alle ragioni della proprietà privata, autentico principio (pre)giuridico avvertito a quell'epoca (ancora intrisa dell'ideologia liberale) come irrinunciabile [...] Successivamente, e non a caso (per quanto si è detto) a partire dalla prima guerra mondiale, si assistette a una virata, con gli anni sempre più decisa, verso la massimizzazione del perseguimento dell'interesse energetico in quanto tale, affermatosi dopo poco alla stregua di esigenza collettiva tendenzialmente prevalente su qualsiasi altro interesse, pubblico o privato [...] Per effetto dell'avanzata anche in campo energetico del processo di integrazione europea, sono tornati a prevalere nel nostro ordinamento, come era stato agli inizi, i principi di libertà economica.

Il senso della ricostruzione storica diventa allora la ricerca delle ragioni ineludibili dell'intervento pubblico, ma non con intento apologetico nei confronti dell'intervento pubblico, bensì al fine precisare quale sia la natura dei problemi di interesse generale che l'approvvigionamento energetico pone e che la forza delle cose impone comunque di affrontare:

Due fattori anzitutto sono risultati sempre decisivi rispetto ai passaggi più rilevanti che hanno contrassegnato la strada percorsa dal legislatore nella regolamentazione dei fenomeni energetici.

Da un lato, la quasi totalità delle innovazioni legislative destinate a svolgere un ruolo di sistema, e non a regolare in modo contingente situazioni transitorie, è giunta a rimorchio dell'evoluzione tecnologica e del conseguente affermarsi di nuovi metodi industriali di produzione, di trasporto e di consumo [...] Traspone insomma con nettezza l'esistenza di una relazione problematica fra lo sviluppo tecnologico e l'adeguamento della disciplina legislativa e il ruolo, spesso insostituibile, di intermediazione a tale riguardo nei fatti assunto dall'apparato amministrativo.

Dall'altro lato, molte delle scelte (alcune anche destinate a sopravvivere a lungo) compiute dal nostro ordinamento nel settore energetico sono state (se non proprio determinate, di sicuro) fortemente condizionate dalle pressioni esercitate sul sistema economico italiano da eventi esterni di carattere geopolitico [...] La necessità di fornire risposte concrete agli effetti potenzialmente pregiudizievoli di vicende di questo tipo ha comportato in moltissime occasioni il varo di disposizioni connotate spesso da un elevato tasso di praticità (e, talvolta, anche qualificabili come vere e proprie leggi provvedimento) e il frequente ricorso a provvedimenti legislativi del Governo, decreti legge o decreti delegati, con un peso decisionale reale del Parlamento molto basso, se non addirittura inesistente.

Si può insomma affermare che, per un verso, il diritto dell'energia nella sua evoluzione storica ha rappresentato un esempio emblematico del carattere serven-

te della regolamentazione giuridica rispetto a fenomeni reali che la precedono e che comunque ne esigono la conformazione a sé e, per l'altro, che esso è stato tradizionalmente un diritto incorporante opzioni politiche originatesi in sede governativa o, spesso, anche solo ministeriale.

Questi percorsi evolutivi, molte volte contorti e costellati di momenti di ripensamento o addirittura di ritorno al passato, si sono d'altra parte innestati in un substrato politico-sociale che, a sua volta, non è rimasto ovviamente immobile e che, nel suo modificarsi nel tempo, è stato attraversato da tensioni fra valori reciprocamente alternativi e in mutevole equilibrio: e il discorso vale soprattutto, anche se non solo, per i regimi riguardanti l'accesso alle risorse energetiche e la realizzazione degli impianti di produzione e trasporto.

Il capitolo si chiude non a caso in forma dubitativa. Dopo aver osservato che:

Lo sviluppo di un diritto propriamente pubblico dell'energia è stato posto al servizio, e non poteva essere diversamente, della volontà delle istituzioni italiane di dar vita a una vera e propria politica energetica nazionale, la quale, da parte sua, era la risposta sul piano interno alla necessità di accompagnare il consolidamento dell'industrializzazione della nostra economia e alle turbolenze internazionali che rendevano sempre più problematica la copertura del nostro fabbisogno energetico,

l'Autore rileva che però:

Negli ultimi decenni del periodo preso in esame, infine, l'equazione fra massimizzazione dell'interesse energetico e ruolo propulsore dello Stato per il suo perseguimento è stata messa in discussione dall'intervento concomitante di almeno tre fattori, che almeno in due casi hanno segnato un ritorno parziale al passato, anche se sotto spoglie diverse.

Di questi tre fattori quello indubbiamente centrale, che ha minato alla base la possibilità stessa di attuare una politica energetica nazionale, è il processo di integrazione europea¹⁹. Il regime di mercato instaurato delle liberalizzazioni si comprende in effetti per differenza rispetto al regime pubblicistico presentato dalla ricostruzione storica e questa differenza, secondo l'Autore, si compendia tutta nella presenza o nell'assenza di una vera politica energetica.

Così, nel momento di lasciare la storia per rivolgersi all'attualità, Nicola sottolinea che, se «*la storia del diritto italiano dell'energia ci ha lasciato in eredità*» i problemi derivanti dalla messa in discussione del «*ruolo propulsore dello Stato*» nel perseguimento «*dell'interesse energetico*», allora «*il compito*» di una trattazione del diritto attualmente vigente diventa quello di «*identificare il modo con cui essi sono al presente affrontati e (forse) risolti*».

In quel "forse" messo tra parentesi Nicola rivela di essere stato autenticamente uno storico, cioè uno spirito antidogmatico e appassionato della realtà. Non si tratta di nostalgia per lo Stato nazionale, ma di chiara percezione della necessità di una politica energetica che si prenda carico delle esigenze di una collettività determinata (l'indeterminazione della collettività di riferimento per l'interesse generale essendo il vero dramma della globalizzazione e della stessa Unione europea).

¹⁹ Gli altri due fattori di depotenziamento della capacità statale di perseguire efficacemente una politica energetica, individuati da Nicola, sono la pressione crescente delle istanze di conservazione dell'ambiente naturale e il rafforzamento delle autonomie territoriali.

La sua conclusione dubitativa a me appare, quindi, come il segno della lucida consapevolezza che l'intervento pubblico è un tentativo di risolvere problemi che eccedono la capacità di soluzione delle istituzioni immaginate dal liberalismo economico.

Riflessioni sul pensiero scientifico di Nicola Bassi: la giustizia amministrativa

di Aldo Travi

SOMMARIO: 1. I contributi di Nicola Bassi e la giustizia amministrativa. – 2. I commenti per il Codice ipertestuale (2007). – 3. La monografia sul mutuo riconoscimento (2008). – 4. L'intervento sulla imparzialità del giudice e sulla ragionevole durata (2009). – 5. L'analisi della tutela nei confronti delle procedure di aggiudicazione europee (2010). – 6. L'attualità della giurisdizione di merito rispetto alla censura cinematografica (2013). – 7. Nicola Bassi e la scienza giuridica.

1. I contributi di Nicola Bassi e la giustizia amministrativa

Fra le pubblicazioni di Nicola Bassi, i contributi su temi di giustizia amministrativa non sono molto numerosi: meno di una decina, comprendendo anche i singoli interventi in un testo collettaneo sul processo amministrativo pubblicato prima del codice, e non può sfuggire che la produzione scientifica su altri temi fosse ben più fitta. La giustizia amministrativa non era probabilmente in origine al centro dei suoi interessi, ma è significativo che negli ultimi anni gli scritti su questo tema si fossero fatti più frequenti, segno di un'attenzione più viva, fino a condurre nel 2015 alla pubblicazione di un manuale universitario¹. D'altra parte il numero degli interventi non è un elemento significativo: i contributi di Nicola Bassi sui temi di giustizia amministrativa non sono stati per nulla marginali. Anzi meritano certamente di essere riletti con cura.

Se si prescinde dal manuale del 2015, che però, come ho già accennato, aveva una specifica finalità didattica, gli scritti di Nicola Bassi su temi della giustizia amministrativa non si sono mai incentrati sulle tecniche del processo. Ciò può stupire chi avesse avuto occasione di incontrarlo nelle aule dei Tribunali amministrativi o di Palazzo Spada, perché i suoi atti rispecchiavano sempre una conoscenza profonda delle regole del processo, ben diversa da quella comune nell'ambiente forense. Inoltre i suoi scritti non si sono mai incentrati su quelli che sono considerati tradizionalmente i grandi temi della giustizia amministrativa: le situazioni soggettive, i principi sul riparto, le azioni nei confronti dell'amministrazione, gli effetti della sentenza di annullamento, ecc. L'esame dei temi di giustizia amministrativa rispecchiava piuttosto per lui una ragione diversa: per ricostruire un assetto completo non è possibile arrestarsi alle conclusioni ricavate dalle norme sostanziali, dimenticando la loro attuazione attra-

¹ N. BASSI, *Le pubbliche amministrazioni e i loro giudici. Elementi di diritto amministrativo processuale*, Edises, Napoli, 2015. Il testo segue, anche nell'impostazione generale, il volume *Le pubbliche amministrazioni e il loro diritto. Elementi di diritto amministrativo sostanziale*, 2^o edizione, Edises, Napoli, 2014.

verso gli strumenti processuali. Anche il profilo giustiziale è perciò essenziale, se si intendano ricostruire le componenti di un istituto sostanziale con l'obiettivo di coglierne l'assetto effettivo. Emerge così una ragione di completezza che non è fine a sé stessa, e non rivela una sorta di perfezionismo, ma evoca innanzi tutto un criterio di concretezza, spesso poco coltivato nell'ambito accademico.

A questo punto, però, è necessario dar conto dei principali contributi di Nicola Bassi su temi di giustizia amministrativa. Per valutare l'approccio dell'autore rispetto a questi temi, può risultare utile proporre una sintesi, per la quale seguirò un criterio cronologico.

2. I commenti per il Codice ipertestuale (2007)

Un primo gruppo di contributi è rappresentato dagli interventi al Codice ipertestuale della giustizia amministrativa². Si trattava di un'opera collettanea, pubblicata pochi anni prima del codice del 2010, costituita da commenti alle singole disposizioni di legge; univa al taglio prevalentemente pratico l'ampiezza dei riferimenti dottrinali e delle riflessioni d'autore, col risultato che alcuni commenti finivano col rappresentare una sorta di articoli scientifici in miniatura. Nicola Bassi in particolare curò i commenti all'art. 3 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo, agli artt. 14-16 del t.u. Consiglio di Stato e all'art. 1 del d.P.R. n. 1199/1971 sui ricorsi amministrativi.

a) Nell'ampio commento sull'art. 3 dell'allegato E, Nicola Bassi si dimostrava consapevole della circostanza che l'analisi di questa disposizione era stata condizionata, da oltre un secolo, dalla identificazione dell'ambito assegnato alla giurisdizione amministrativa, come se nella distinzione fra l'art. 3 e l'art. 2 della stessa legge fosse da ricercarsi una regola di riparto di giurisdizione³. Una impostazione del genere non può essere esaustiva e rispecchia, a ben vedere, anche un errore prospettico, rappresentato da una 'rilettura' dell'art. 3 condizionata dalla istituzione della Quarta sezione; infine finisce col sottovalutare la portata del secondo comma dell'art. 3, comma che l'autore valorizza come la norma fondatrice delle garanzie per i 'non diritti'⁴.

Tuttavia, anche se l'attenzione viene concentrata sul secondo comma, emergono interpretazioni tutt'altro che univoche che Nicola Bassi riconduceva a due letture differenti⁵. La prima vede nella disposizione la realizzazione di un sistema di amministrazione giustiziale, rappresentata da «una procedura speciale strumentale alla salvaguardia» del cittadino non titolare di diritti: a questa lettura Nicola Bassi opponeva però che anche nel secondo comma il momento giustiziale (considerato dal riferimento al «ricorso in via gerarchica») risulta

² S. BATTINI-B.G. MATTARELLA-A. SANDULLI-G. VESPERINI (a cura di), *Codice ipertestuale della giustizia amministrativa*, Utet Giuridica, Torino, 2007.

³ Una prospettiva del genere era accolta, nelle pagine precedenti, da un commento dell'art. 3, incentrato sul primo comma della disposizione, redatto da F. MATTASSOGLIO, con ampi riferimenti agli interventi prima di Mortara, Orlando e Salandra, e poi di Cammeo (*Codice ipertestuale*, cit., p. 178 ss.)

⁴ N. BASSI, *Codice ipertestuale*, cit., p. 184 ss.

⁵ N. BASSI a questi fini richiama in particolare l'analisi di M. CLARICH, *La Giustizia*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da S. Cassese, 2° ediz., Giuffrè, Milano, 2003, t. II, p. 2014 ss.

solo successivo al provvedimento amministrativo (contemplato nel primo comma e ripreso nel secondo dalla disciplina dei «*decreti*»). La seconda lettura vede invece nella disciplina introdotta dall'art. 3 una prima elaborazione di regole procedurali, con una serie di corollari: la partecipazione del cittadino, l'obbligo di motivazione, la giustiziabilità. Nicola Bassi mostrava di aderire a questa lettura, ma nello stesso tempo ne capovolgeva l'ordine: nell'art.3 vanno identificate non tanto le regole che tutelano l'interesse legittimo del cittadino, ma piuttosto la norma che riconosce come giuridica una posizione d'interesse. L'art. 3 fonda pertanto la possibilità stessa dell'interesse legittimo: la disciplina del procedimento non è il riflesso di una situazione soggettiva, ma, più intensamente, la esige e così la identifica.

A questo punto diventa interessante capire perché non fosse stata colta subito l'importanza della disciplina introdotta dall'art. 3 e perché la giurisprudenza e, in genere, la dottrina ne avessero sminuito la portata, spesso riducendola ad una previsione solo programmatica. A questo interrogativo Nicola Bassi non rispondeva direttamente, dimostrandosi però consapevole che si trattava di una ragione culturale, prima ancora che tecnica. Sottolineava però che l'orientamento minimalista non era un retaggio del passato, ma era emerso anche in tempi recenti: in particolare risultava condiviso, anche dopo la legge n. 241/1990, dalla stessa Corte costituzionale, per esempio nelle sue pronunce contrarie ad ammettere in termini generali il principio del giusto procedimento⁶. Non si tratta dunque un fenomeno contingente, legato a concezioni ormai archiviate del rapporto fra amministrazione e cittadino, ma rappresentava tendenze più profonde, destinate ad imporsi anche in contesti istituzionali diversi, e rispetto alle quali le capacità di reazione della dottrina e della giurisprudenza sono risultate ancora tutto sommato molto limitate.

b) Nel commento agli artt. 14-16 del t.u. Consiglio di Stato, pubblicato nel medesimo volume⁷, Nicola Bassi analizzava alcune disposizioni del testo unico del 1924 sulla funzione consultiva del Consiglio di Stato. Nel commento poneva subito in evidenza i problemi di fondo: la funzione consultiva si esprime con atti, i 'pareri', che non hanno caratteri e contenuti omogenei, come è testimoniato in particolare dalla distinzione fra pareri 'puri' e pareri 'tecnici' che sembra codificata negli artt. 16 e 17 della legge n. 241/1990, ma anche dalla circostanza che i pareri del Consiglio di Stato, pur essendo tipicamente di ordine tecnico (come si desume anche dall'art. 100 Cost.), sono modellati dalla legge secondo il modello dei pareri 'puri' (art. 16 della legge n. 241/1990). Anche la distinzione fra pareri facoltativi, obbligatori e vincolanti si mostra, a un'analisi non epidermica, più complessa, come è testimoniato dalle soluzioni molto variegiate adottate dal legislatore rispetto alla evenienza della scadenza del termine per il parere.

Il quadro della funzione consultiva era colto da Nicola Bassi nel suo mutamento allora in atto. Il mutamento emergeva nella vicenda dei pareri resi dal Consiglio di Stato alle autorità indipendenti (in quegli anni era stata superata la necessità di un intervento ministeriale che facesse propria la richiesta del parere), ma ancora di più nella rivendicazione da parte del Consiglio di Stato del potere di valutare se la richiesta di parere fosse ammissibile quanto al contenuto e nell'affermazione di una lettura dell'art. 100 Cost. che assegnava al

⁶ N. BASSI faceva riferimento, in particolare, a Corte cost., 19 ottobre 1988, n. 978; Corte cost., 20 luglio 1990, n. 344; Corte cost., 19 marzo 1993, n. 103.

⁷ N. BASSI, *Codice ipertestuale*, cit., p. 415 ss.

Consiglio di Stato non un mero potere di interpretazione della norma, ma la capacità di verificare più concretamente la sua coerenza in concreto con ragioni generali di interesse pubblico⁸. Si delineava insomma, per il profilo materiale, una 'iurisdictio preventiva', tale da sovrapporsi quanto a modalità con l'eventuale sindacato giurisdizionale, con la conseguenza che il Consiglio di Stato si esprimeva solo dopo aver valutato con rigore la rilevanza stessa del suo parere: in gioco, insomma, non era più l'interpretazione di un enunciato normativo, ma era l'interpretazione di una proposta normativa o di un atto che dovevano essere valutati e verificati in relazione alla situazione che intendevano disciplinare. Questo mutamento si riscontrava con maggiore evidenza dopo il ridimensionamento dei casi in cui il parere era obbligatorio, per effetto delle leggi Bassanini della fine degli anni '90.

Con riferimento ai pareri obbligatori, che come è noto sono richiesti per gli atti regolamentari del governo, Nicola Bassi richiamava l'attualità della distinzione fra regolamenti e atti generali, sempre meno gradita dal legislatore e dal Governo, e nel contempo esprimeva la propria adesione alla giurisprudenza che ricomprende nella prima tipologia i decreti ministeriali in materia di canoni demaniali o di tariffe, sottraendoli all'ambito degli atti generali. È evidente che in questo modo emergeva con chiarezza una ragione di garanzia nei confronti di tendenze che invece ne riducevano la portata e l'intensità. La stessa esigenza, condivisa dall'autore, ma considerata innanzi tutto attraverso le posizioni del Consiglio di Stato, emergeva nel riconoscimento dell'importanza della pretesa, più volte fatta propria dal Consiglio di Stato a partire dagli anni '90, che il suo parere venisse richiesto come ultimo adempimento, e cioè dopo la conclusione dell'istruttoria, e non invece nel corso di essa.

c) Ancora nel Codice ipertestuale, Nicola Bassi curò il commento all'art. 1 del d.P.R. n. 1199/1971 sui ricorsi amministrativi⁹. In questo commento emerge in modo scoperto la posizione dell'autore sensibile alle esigenze di garanzia della tutela dei cittadini. Questa posizione era espressa nell'adesione alla attuazione più rigorosa del carattere giustiziale dei ricorsi amministrativi, riscontrabili in una serie di corollari nodali: oltre all'affermazione tassativa del dovere di provvedere, la valorizzazione del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato (in contrasto con la tendenza che ammette, soprattutto per i ricorsi gerarchici 'propri' la sovrapposizione con poteri di autotutela d'ufficio), ecc. Inoltre la stessa posizione emerge nell'attenzione riservata per alcune letture della legge n. 241/1990, che assegnavano ad alcune disposizioni di questa legge un valore di integrazione della disciplina dei ricorsi amministrativi: in particolare, con riferimento all'art. 7, sul dovere di comunicare l'avvio del procedimento. Nello stesso tempo era riproposta la valorizzazione dei ricorsi amministrativi come strumenti alternativi di controversie, secondo una tesi non priva di precedenti, ma che Nicola Bassi perseguiva con maggiore lucidità, nella consapevolezza che una giustizia alternativa richiede l'assegnazione di un ruolo decisivo ad autorità effettivamente terze e imparziali. Infine era prospettata una espansione dello strumento giustiziale, attraverso l'adesione alla tesi secondo cui il ricorso in opposizione avrebbe

⁸ Si tratta, a ben vedere, della lettura che è all'origine di tutta l'evoluzione successiva della funzione consultiva del Consiglio di Stato rispetto agli atti normativi, oggi rispetto alle c.d. Linee Guida, ecc.

⁹ N. BASSI, *Codice ipertestuale*, cit., p. 935 ss.

potuto trovare fondamento anche in una fonte secondaria, e non necessariamente nella legge.

Si collocava in questo quadro anche la critica a soluzioni che riducevano la tutela per il cittadino, come era rappresentato dal mantenimento dell'obbligatorietà del ricorso gerarchico per le sanzioni disciplinari di corpo nell'ordinamento militare (art. 16 della legge n. 382/1978): a questo tema, troppo trascurato dalla dottrina, Nicola Bassi dedicava ampio spazio, anche per dimostrare l'esorbitanza della regola accolta dal legislatore rispetto a un canone di ragionevolezza della tutela giurisdizionale.

A conclusione della trattazione emergevano alcuni nodi di fondo, che accompagnano da sempre le analisi più attente sul tema dei ricorsi amministrativi. Mi riferisco in particolare al profilo della c.d. definitività della decisione, di cui Nicola Bassi coglieva bene la valenza 'organizzatoria' e nello stesso tempo la 'storicità', testimoniata bene anche dai riflessi prodotti dalla riforma della dirigenza. Ancora più in generale, l'autore dimostrava piena consapevolezza che le sorti dell'istituto del ricorso gerarchico dipendono dalla realizzazione di un equilibrio delicato, fra la tutela degli interessi dell'amministrazione e la tutela della posizione giuridica del privato: equilibrio tutt'altro che semplice da raggiungere, perché coinvolge non solo la disciplina normativa, ma anche (e forse soprattutto) l'atteggiamento culturale dei funzionari competenti.

3. La monografia sul mutuo riconoscimento (2008)

La dimensione giustiziale ebbe rilievo anche nella monografia di Nicola Bassi del 2008, dedicata al c.d. mutuo riconoscimento¹⁰. Nicola Bassi percepiva infatti con lucidità che il tema del mutuo riconoscimento, che sembra avere come postulato la convinzione che i risultati dell'azione amministrativa nei vari Paesi europei possano essere del tutto identici (si tratta della c.d. circolazione degli effetti giuridici), si confronta all'origine con la mancanza di una disciplina processuale comunitaria. La soluzione scettica, che richiama gli schemi fondati sulla c.d. personalità del diritto, ossia sugli statuti personali, va superata; nello stesso tempo «*sarebbe irrealistica la pretesa di analizzare un qualsiasi fenomeno giuridico, prescindendo completamente dalla sua valutazione nel prisma della tutela giurisdizionale offerta dall'ordinamento nel caso di distorsioni nell'applicazione della disciplina sostanziale da cui esso è retto*»¹¹. I principi di effettività e di equivalenza proclamati dalla giurisprudenza comunitaria sono insufficienti per governare la disciplina e l'assetto processuale nell'ordinamento interno di ogni Paese.

Nicola Bassi dimostrava di essere consapevole anche dei limiti del sistema fondato su un mutuo riconoscimento 'centralizzato' (ossia, costituito da atti dell'amministrazione comunitaria). Innanzi tutto un sistema del genere solleva un problema grave di tutela del terzo, con riferimento particolare ai c.d. ricorrenti non privilegiati, che contestino l'atto favorevole ad altri (si pensi al caso degli operatori in concorrenza) e si scontra con la difficoltà di ammettere una impugnazione diretta, da parte di essi, di atti di amministrazione comunitaria:

¹⁰ N. BASSI, *Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circolazione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo*, Giuffrè, Milano, 2008.

¹¹ N. BASSI, *Mutuo riconoscimento*, cit., p. 43.

l'interpretazione restrittiva della legittimazione a proporre il ricorso di annullamento rappresenta un ostacolo difficilmente superabile. La tutela del terzo, secondo Nicola Bassi, in questo quadro poteva essere recuperata soltanto attraverso gli strumenti di tutela nazionali e la procedura di rinvio pregiudiziale sulla validità di atti comunitari.

Se il baricentro della tutela è rimesso all'ordinamento nazionale, riemergono però i problemi legati alle differenze di fondo nei modelli di tutela. In particolare, rispetto ad atti di mutuo riconoscimento 'decentralizzato' (costituiti cioè da atti delle amministrazioni nazionali), Nicola Bassi osservava come alcuni ordinamenti circoscrivessero in misura drastica l'accesso del terzo all'azione e richiamava in particolare le perplessità manifestate in Germania sull'ammissibilità di una '*Konkurrentenklage*'. Il problema non può essere superato neppure ammettendo che il giudice di uno Stato possa accertare l'illegittimità del provvedimento di un altro Stato, perché ciò comporterebbe una 'internazionalizzazione' della giustizia amministrativa non solo divergente dai motivi storicamente ispiratori, ma ingovernabile dal punto di vista dei risultati.

Nicola Bassi non si limitava però a riscontrare questi problemi, che ancora oggi sono aperti. Sugeriva a sua volta una soluzione: proponeva che nei confronti dell'effetto giuridico prodotto da un atto in un altro Stato, si dovesse ammettere la tutela nell'altro Stato. La tutela, dunque, secondo una concezione minoritaria nel nostro Paese, ma autorevolmente rappresentata (si pensi, per tutti, a Cannada Bartoli), avrebbe dovuto incentrarsi sull'effetto giuridico, che può prodursi in altri Paesi (proprio per effetto del 'riconoscimento') e non sull'atto che lo produce. Una prospettiva del genere non supera tutti i problemi pratici: basti considerare la questione del termine. I problemi risulterebbero però almeno in parte attenuati se si concludesse, come proponeva l'autore, a favore di una sorta di disapplicazione, articolata in un sindacato in via incidentale e in una cognizione limitata al caso concreto in discussione.

4. L'intervento sulla imparzialità del giudice e sulla ragionevole durata (2009)

Nel 2009 Nicola Bassi affrontò alcuni temi di diritto processuale in un breve articolo di commento a una pronuncia dell'adunanza plenaria sul dovere di astensione del giudice amministrativo¹². La sentenza dell'adunanza plenaria era stata considerata con attenzione in dottrina, per l'affermazione rigorosa del dovere di astensione del giudice, che avesse già conosciuto la causa in un precedente grado del processo. Nicola Bassi, nei confronti della pronuncia, assunse invece un atteggiamento critico. Non negò assolutamente la portata del dovere di astensione, che d'altra parte trovava un riscontro puntuale nella legge (art. 51, n. 4, c.p.c.), ma sottolineò che la conclusione enunciata dall'adunanza plenaria doveva ritenersi assolutamente pacifica. Nello stesso tempo i tempi della decisione (per effetto della rimessione all'adunanza plenaria, e poi dell'anno impiegato dalla stessa adunanza plenaria per depositare la sentenza) e la vicenda processuale complessiva testimoniavano una patente violazione del principio della "ragionevole durata".

¹² N. BASSI, *Ragionevole durata del processo e irragionevoli lungaggini processuali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, pp. 1182-85, in nota Cons. Stato, ad. plen., 25 marzo 2009, n. 2.

Anche in questo caso Nicola Bassi dimostrava di cogliere profili che ad altri erano completamente sfuggiti. Soprattutto dimostrava sensibilità per la concretezza delle vicende, dimensione che invece spesso viene trascurata da chi riduce la dialettica processuale ad un confronto fra regole di diritto e interpretazioni del giudice.

5. L'analisi della tutela nei confronti delle procedure di aggiudicazione europee (2010)

L'anno successivo Nicola Bassi pubblicava un importante contributo sulla tutela giurisdizionale rispetto alle procedure di aggiudicazione degli appalti delle amministrazioni europee¹³. Il contributo si inseriva in un volume collettaneo dedicato alla giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa.

Il contributo proponeva innanzi tutto una ricognizione della disciplina positiva¹⁴ e ne poneva in evidenza i caratteri generali: in particolare sottolineava come l'evoluzione della disciplina sugli appalti delle istituzioni comunitarie testimoniava un cambio di prospettiva, rappresentato dal superamento del rinvio massivo alla disciplina dettata per gli appalti nazionali, e dalla previsione di rinvii circoscritti e per profili limitati. Per quanto concerneva la tutela giurisdizionale, veniva rilevato come la disciplina del giudizio nell'ordinamento comunitario non fosse rimessa a fonti derivate, ma fosse ampiamente considerata dai Trattati: di conseguenza anche la tutela in materia di appalti seguiva la disciplina stabilita nei Trattati per i ricorsi agli organi giurisdizionali comunitari.

Questa uniformazione comportava, secondo l'autore, un inconveniente importante, rappresentato dalla previsione nei Trattati di un modello fondamentalmente impugnatorio di tutela (non superato dalla previsione di due altre azioni, in realtà anch'esse correlate al modello impugnatorio, quella sull'inerzia e quella per il risarcimento del danno extracontrattuale). Inoltre era riscontrabile un ulteriore inconveniente rappresentato dalla dissociazione fra il regime della procedura di gara (demandato al diritto comunitario) e la disciplina del rapporto contrattuale (sottoposto alla legge nazionale, da identificarsi a sua volta sulla base dei canoni del diritto internazionale privato¹⁵). Di conseguenza rispetto ai primi l'Unione fruisce di una propria giurisdizione, rispetto ai secondi è soggetta essa stessa alle giurisdizioni nazionali, fatte salve le deroghe stabilite nei Trattati e passibili solo di interpretazione restrittiva, o fatta salva l'eventualità che il contratto contempli una clausola derogatoria a favore dei giudici comunitari. Una clausola del genere, però, a sua volta, non potrebbe produrre effetti verso i terzi (che lamentino, per esempio, irregolarità riconducibili alla esecuzione del contratto).

Anche in questo contributo, come in altri precedenti, l'attenzione di Nicola Bassi per i profili processuali si concentrava sul riscontro di discontinuità fra disciplina sostanziale e attuazione processuale. In particolare veniva esamina-

¹³ N. BASSI, *Procedure di aggiudicazione degli appalti delle amministrazioni europee e tutela giurisdizionale*, in G. GRECO (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 497-516

¹⁴ Erano considerati particolarmente il regolamento del Consiglio n. 1605 del 2002 e i relativi regolamenti esecutivi: regolamento della Commissione n. 2342 e n. 2343.

¹⁵ Fra esse vanno comprese (N. BASSI, *Procedure di aggiudicazione*, cit., p. 514) anche le questioni di nullità o inefficacia del contratto in conseguenza di vizi della procedura.

ta la posizione del terzo, che rappresenta sempre una 'cartina di tornasole' per valutare la pienezza della garanzia della disciplina sostanziale.

Sul terzo grava l'onere di impugnare gli atti dell'istituzione comunitaria davanti al giudice europeo¹⁶. A questo proposito Nicola Bassi esaminava le diverse fasi di un giudizio del genere davanti al giudice comunitario, rilevando le difficoltà di adattare il modello delineato nei trattati all'impugnazione di una procedura d'appalto. In particolare poneva in luce come l'evocazione in giudizio del controinteressato presupponesse un atto d'intervento (non è prescritta espressamente la notifica del ricorso nei suoi confronti), come la verifica dell'interesse a ricorrere sollevasse problemi peculiari (specie con riferimento al caso che in pendenza del giudizio il contratto fosse stato interamente eseguito o fosse stato oggetto di modifiche concordate fra le parti solo in un secondo tempo); ecc.

L'indagine sullo svolgimento del giudizio e sui risultati conseguibili veniva svolta in modo minuto da Nicola Bassi, avendo come riferimento l'ordinamento comunitario. Tuttavia nell'esposizione emergeva con evidenza come le sue considerazioni sul processo comunitario fossero svolte avendo come riferimento critico il processo amministrativo nel nostro Paese. Di conseguenza anche la tutela in sede comunitaria finiva col rappresentare il termine per un confronto con la tutela nel nostro Paese, mettendo così in discussione determinati modelli che proprio nell'anno 2010, in cui veniva pubblicato il contributo in esame, erano confermati e sanciti prima nel d.lgs. n. 53/2010, di recepimento delle direttive 'ricorsi', poi nel codice del processo amministrativo.

In particolare, per quanto concerneva i limiti del sindacato, le patologie riconosciute nei Trattati e nella giurisprudenza delle Corti europee sono sì rappresentate dalla violazione della legge e dai casi di arbitarietà, irragionevolezza, sviamento ed errore di fatto, ma più che alle formule l'attenzione deve appuntarsi sulla applicazione concreta, caratterizzata da valutazioni penetranti del giudice europeo, assistite dall'utilizzo concreto di strumenti istruttori, quali le prove testimoniali (p. es. attraverso l'audizione dei funzionari che hanno curato gli atti della procedura).

Nello stesso tempo non ogni ordine di vizio assume un rilievo invalidante (nell'ordinamento comunitario l'annullamento presuppone infatti un vizio in grado di alterare l'esito della procedura) ed è riconosciuta la possibilità per l'amministrazione di integrare la motivazione, purché prima dell'avvio del giudizio. In questo modo risulta introdotto un collegamento stretto fra la motivazione dell'atto e la tutela processuale, che invece viene spesso negato da una ondivaga giurisprudenza amministrativa nel nostro Paese.

Elementi significativi di discontinuità fra il modello di tutela comunitario e quello nazionale emergono anche rispetto ad altri profili. Per esempio, per quanto concerne la pronuncia di annullamento degli atti della procedura selettiva, Nicola Bassi rilevava come il giudice europeo non disponesse né del potere di dichiarare la nullità o l'inefficacia del contratto, né di quello di adottare misure ingiuntive nei confronti dell'amministrazione¹⁷. Viceversa, quando la sentenza accerti vizi di particolare gravità, all'amministrazione europea risulta riconosciuto il diritto di risolvere il contratto già stipulato.

¹⁶ N. BASSI, *Procedure di aggiudicazione*, cit., p. 515: non è possibile ammettere infatti un ricorso del terzo avanti al giudice nazionale e il rinvio pregiudiziale di validità da parte del giudice nazionale al giudice comunitario, dato che il giudizio verterebbe direttamente su un atto comunitario.

¹⁷ N. BASSI, *Procedure di aggiudicazione*, cit., p. 511 e p. 514.

Con riferimento al profilo, ampiamente affrontato anche dalla dottrina italiana, della tutela risarcitoria nel processo comunitario: Nicola Bassi sottolineava particolarmente i profili di maggior interesse per il confronto con il modello del nostro Paese. La tutela risarcitoria, nell'ordinamento comunitario, non richiede l'annullamento della procedura di gara; postula una violazione qualificata (l'illeceità è intesa come una «*violazione particolarmente grave e manifesta di una disposizione intesa ad attribuire un diritto al soggetto leso*»¹⁸); prescinde dal riferimento a un elemento soggettivo. Il risarcimento va commisurato anche al lucro cessante, se sia stato dimostrato che il ricorrente avrebbe conseguito l'appalto. Dal punto di vista pratico, Nicola Bassi considerava infine con attenzione gli elementi di complementarietà della tutela risarcitoria con la tutela cautelare¹⁹.

6. L'attualità della giurisdizione di merito rispetto alla censura cinematografica (2013)

L'ultimo contributo importante di Nicola Bassi su temi di giustizia amministrativa fu dedicato alla giurisdizione di merito. Nel 2013 fu pubblicato un suo studio sulla giurisdizione di merito rispetto alla censura cinematografica²⁰.

Il contributo proponeva innanzi tutto una ricognizione della disciplina della censura cinematografica dal punto di vista storico: nell'ordinamento liberale, durante il regime fascismo (quando furono sancite, a fondamento della censura cinematografica, esigenze di ordine pubblico, che consentivano di introdurre un intervento di tipo politico), con la Costituzione (che ha conservato un controllo preventivo, ma ammettendo come unica giustificazione il buon costume). Dopo la Costituzione, anche in questo settore, si verificò una fase di «*sostanziale rimozione della carica di innovatività insita nel testo costituzionale*», fino alla legge n. 161/1962.

Di questa legge (di cui fu promotore un illustre docente di diritto amministrativo, Raffaele Resta), Nicola Bassi coglie la capacità innovativa e la concreta attualità. La decisione effettiva fu assegnata alle Commissioni (il loro parere fu reso vincolante); fu previsto uno strumento di tutela interna (rappresentato dal ricorso dell'interessato alla Commissione di secondo grado); fu assicurato il carattere rappresentativo delle Commissioni; fu prescritto un procedimento in contraddittorio con l'interessato (l'interessato può anche pretendere di essere sentito dalla Commissione); fu introdotto il silenzio-assenso (allora quasi sconosciuto) per il caso di ritardo dell'amministrazione. La novità sostanziale era rappresentata comunque dalla circostanza che il nulla-osta, come d'altronde aveva previsto la Costituzione, avrebbe potuto essere negato solo per ragioni di buon costume, parametro 'flessibile', idoneo ad accompagnare le evoluzioni culturali e morali della società e del Paese.

Sulla base di queste premesse, Nicola Bassi affrontava il tema delle modalità della tutela giurisdizionale: un problema centrale era rappresentato dalla riconduzione della tutela alla giurisdizione di merito, confermata da ultimo dal

¹⁸ N. BASSI, *Procedure di aggiudicazione*, cit., p. 513.

¹⁹ N. BASSI, *Procedure di aggiudicazione*, cit., p. 516.

²⁰ N. BASSI, *La censura cinematografica fra valori costituzionali e giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, pp. 921-946.

codice del 2010 e dalla riforma complessiva del 2017. Il significato pratico della previsione della giurisdizione di merito era ricondotto dall'autore al trattamento delle valutazioni c.d. 'opinabili', riservate all'amministrazione. Le valutazioni 'opinabili', secondo Nicola Bassi, ricondurrebbero a clausole generali; di conseguenza, la distinzione fra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di merito atterrebbe appunto alla collocazione della interpretazione delle clausole generali al rango dell'amministrazione o a quello della giurisdizione.

I modelli di sindacato del giudice rispetto alle valutazioni 'opinabili' sarebbero in astratto di tre tipologie: un sindacato pieno (che comporterebbe la preminenza del punto di vista del giudice); un sindacato del tutto 'precluso' (come era nel modello fascista della censura); un sindacato limitato (che sarebbe compatibile solo con una verifica da parte del giudice dell'osservanza di criteri generali). Il terzo modello è quello adottato di regola nel nostro Paese e si attua nella giurisdizione di legittimità.

Rispetto ai provvedimenti sulla censura cinematografica (e rispetto agli omologhi provvedimenti previsti oggi dalla legge 14 novembre 2016, n. 220) l'art. 134 cod. proc. amm. prevede la giurisdizione di merito. Dunque al giudice amministrativo è demandato un sindacato pieno, con il cui esercizio risulta coerente la prassi della proiezione del film. La giurisdizione di merito trova riscontro, secondo Nicola Bassi, con la circostanza che il nulla-osta è escluso dalla Costituzione solo per ragioni di buon costume, non per ragioni di ordine pubblico: le ragioni di buon costume non sono riservate all'amministrazione, ma possono essere direttamente apprezzate dal giudice. Il risultato finale della giurisdizione di merito è rappresentato dalla esigenza di *«chiarire una volta per tutte che sul buon costume l'amministrazione governativa non dispone di una riserva di attribuzione»*.

7. Nicola Bassi e la scienza giuridica

Ho voluto richiamare, con una certa analiticità, i temi trattati da Nicola Bassi nei suoi interventi sulla giustizia amministrativa perché penso che solo guardando ad essi sia possibile cogliere l'importanza del contributo scientifico dell'autore e l'attualità delle proposte così formulate. I temi affrontati sono diversi e a prima vista possono sembrare piuttosto frammentari: in realtà mi pare che emergano alcune linee costanti, che nel tempo assumevano sempre più carattere di chiarezza e di persuasività.

Innanzitutto emerge la modalità con cui Nicola Bassi si poneva rispetto ai problemi giuridici che emergevano alla sua attenzione. L'esame veniva svolto senza pregiudizi e in piena autonomia rispetto alla tradizione (si pensi ai contributi nel Codice ipertestuale del 2007, o al confronto che emerge, talvolta più in trasparenza che in termini espliciti, fra il modello europeo di tutela e quello nazionale nel contributo del 2010 sulla tutela nelle procedure di aggiudicazione). La tradizione, per Nicola Bassi, non assume mai un valore normativo: anche le disposizioni della legge del 1865 possono e devono essere oggetto di una interpretazione libera da incrostazioni storiche. Rispetto agli approcci più comuni nel diritto amministrativo, questo modo di procedere sembra quasi ereticale, ma è una testimonianza vigorosa di libertà e di dignità della ricerca scientifica. La ricerca scientifica riconosce come decisivo il valore degli argomenti, non dell'autorità che li ha enunciati.

Nello stesso tempo il valore di una norma, anche se di fonte remota, non può mai essere solo storico: la sua giuridicità presuppone una verifica della sua attualità, e cioè di un significato reale rispetto al sistema d'oggi. In questo senso, per esempio, sono esemplari le considerazioni svolte sull'art. 3 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo e sul carattere fondante di questa norma per una posizione giuridica distinta dal 'diritto'. L'interprete si confronta anche in questo modo con il valore della legalità: la cura per la legalità sembra sfociare in alcuni contributi quasi nel formalismo, ma in realtà è tale solo in apparenza: la passione per il diritto comporta sempre l'attenzione per la 'regola', come criterio irrinunciabile di lettura e di valutazione dei fatti.

D'altra parte l'indagine di Nicola Bassi, anche quando affronta temi di portata apparentemente circoscritta o questioni interpretative specifiche, non è stata mai puntiforme: la dimensione del 'sistema' si coglie sempre con evidenza ed è testimoniata continuamente da richiami e confronti. Gli istituti giuridici diventano 'modelli' da valutare e da verificare, e proprio dal confronto con un'evoluzione che sembra sfuggire a catalogazioni precise acquistano una dignità nuova. Si pensi, per esempio, alle considerazioni svolte sulla funzione consultiva del Consiglio di Stato, alla luce dell'evoluzione successiva alla legge n. 400/1988, all'attenzione a questi fini della 'concretezza' della questione, del 'peso' acquisito anche in questo modo dal parere rispetto al momento finale della decisione governativa. Oppure si pensi alla proposta di introdurre una valutazione incidentale di legittimità dell'atto assunto dall'amministrazione di un altro Paese, nel quadro delle procedure di riconoscimento 'decentralizzato', che trova nell'istituto della disapplicazione un punto di riferimento non indifferente.

La dimensione del 'sistema' in Nicola Bassi non esclude mai, però, la consapevolezza della dimensione 'pratica' del diritto. La dimensione 'pratica' del diritto non è la dimensione del 'pratico del diritto', che richiama inevitabilmente una misura di utilità materiale che è del tutto estranea a una analisi scientifica: è invece la consapevolezza che l'analisi giuridica non può mai essere separata dalla dimensione rappresentata dai problemi che il diritto è chiamato a risolvere. Mi sembra che ancora una volta le considerazioni svolte dall'autore sulle procedure di 'mutuo riconoscimento' rappresentino bene questa consapevolezza, ma la stessa consapevolezza si coglie in modo acuto anche nelle pagine dedicate all'intervento dell'adunanza plenaria sul dovere di astensione del giudice, dove l'autore coglieva bene la distanza fra l'affermazione teorica di una regola di civiltà e la negazione pratica della attenzione per l'interesse del cittadino a una ragionevole durata del giudizio.

Le categorie non rappresentano dunque il traguardo dell'indagine giuridica: le vicende concrete contribuiscono anch'esse a determinare la misura delle norme e le opzioni di fondo. L'indagine giuridica è essenzialmente ricerca di un equilibrio: non è solo contributo alla certezza del diritto, ma è anche essa stessa riconoscimento del valore del diritto. Da questo punto di vista è esemplare l'intervento sulla giurisdizione di merito rispetto alla censura cinematografica: l'opinabilità della valutazione non impone, di per sé, la riserva a favore dell'amministrazione; il buon costume – che è l'unico limite rilevante, in base alla Costituzione – è un fattore che il giudice può verificare direttamente. La giurisdizione di merito diventa così fattore di un punto di equilibrio, coerente con il valore della libertà di espressione artistica.

Vi è però anche un altro aspetto di rilievo, che emerge dalle pagine che ho ricordato. Le argomentazioni di Nicola Bassi erano sempre espresse con chia-

rezza, in modo netto, inequivocabile; gli spunti che emergono dalle sue pagine sono spesso illuminanti. La sintesi che ho presentato dei suoi contributi consente di coglierne solo una piccola parte. Ogni pagina per lui era l'occasione di elaborare cose nuove. Nello stesso tempo gli spunti che lui propone sembrano più suggeriti al lettore, che imposti dal rigore ferreo del ragionamento. Questo carattere si nota soprattutto nei contributi più recenti, che esprimono, come è ovvio, una maturazione maggiore.

Emerge così, a mio parere, una nota di realismo, che esprime una consapevolezza profonda: anche nel diritto, il contributo di un autore, per quanto elevato, non esaurisce mai un tema, ma semmai ha valore nella misura in cui riesce ad avviare una riflessione che per definizione è aperta a tutti. Nicola Bassi ci ha ricordato così una dimensione fondamentale della ricerca scientifica, che nell'ambiente accademico purtroppo è molto facile dimenticare.



SAGGI

Nicola Bassi (conclusioni)

di Guido Greco

Ringrazio Margherita Ramajoli e gli altri organizzatori per avermi invitato nell'odierno incontro di studi. E li ringrazio soprattutto per il tema prescelto ("Riflessioni sul pensiero scientifico di Nicola Bassi"), carissimo e stimatissimo collega, prima ancora che allievo, come molti di Voi lo hanno ricordato nel corso dell'odierna giornata.

Certo il ricordo di Nicola Bassi come mio allievo non può che farmi molto piacere. Ma la circostanza necessita di talune precisazioni.

Anzitutto il primo Maestro di Nicola è stato Giuseppe Pericu, non a caso anch'egli presente in questa giornata commemorativa, con il ruolo che merita. È stato solo allorché Beppe Pericu si è un po' allontanato dal mondo universitario, per incarichi politici anche molto prestigiosi, che Nicola si è avvicinato alla mia cattedra, che allora era proprio in questa Università di Milano Bicocca, che non smetterò mai di ricordare con gratitudine e affetto.

La seconda considerazione è che Nicola, in realtà, era allievo di se stesso (ovvero, se si crede, era maestro di se stesso). E la prova provata di tale realtà è data dalla circostanza che mai mi ha chiesto indicazioni o suggerimenti in ordine agli studi da approfondire o alle ricerche da effettuare: studi e ricerche, che sono stati scelti in piena autonomia dall'Autore, così come in piena autonomia sono stati condotti, fino al prodotto scientifico finale, che mi è stato consegnato ormai pronto e, come ho potuto constatare, perfetto in tutte le sue articolazioni.

Emblematico di tale *modus procedendi* risulta in particolare la prima monografia di Nicola ("Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti", Milano 2001), che è ad un tempo uno studio basato sul criterio giuridico-formale, non disgiunto peraltro da un'ampia ricostruzione storica e filosofica. Una vera e propria antologia di alto livello culturale, che dimostra la poliedricità dell'Autore, ma anche l'attenzione alle ricadute applicative degli istituti trattati (basti considerare l'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia in ordine ai poteri impliciti della Commissione, ad esempio in tema di aiuti di Stato, per convincersi dell'utilità pratica degli studi condotti da Nicola e della loro tempestività, in tempi in cui varie Autorità indipendenti nazionali si arrogavano analoghi poteri privilegiati).

Ho detto che Nicola sceglieva autonomamente i temi di ricerca. Il che non significa che gli studi condotti intorno alla cattedra di diritto amministrativo, unitamente al clima culturale creato dalla Rivista italiana di diritto pubblico comunitario, non possano aver operato una qualche influenza in tale scelta. Penso, in particolare, ai temi di diritto amministrativo europeo, che ricorrono nella sua seconda e terza monografia ("Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo", Milano 2004 e "Mutuo riconoscimento e tutela giurisdizionale. La circola-

zione degli effetti del provvedimento amministrativo straniero fra diritto europeo e protezione degli interessi del terzo”, Milano, 2008), ma penso anche a temi più generali quali gli accordi amministrativi e gli appalti pubblici.

Nicola Bassi ha sempre collaborato proficuamente con la Rivista, così come vi ha collaborato la moglie, dott.ssa Biondini, anch’essa presente all’odierno incontro. E non posso che ricordare con gratitudine detta collaborazione, così come con gratitudine la ricorda il codirettore, prof. Mario Chiti, che, non potendo essere presente oggi all’incontro, mi ha incaricato di manifestare la sua partecipazione affettuosa all’evento.

Del resto Nicola ha partecipato anche ad altre iniziative condotte col prof. Chiti, a cominciare dal Trattato di diritto amministrativo comunitario (Milano, 2007), ove ha curato le voci “accordi nel diritto comunitario” e “appalti pubblici comunitari (gli accordi internazionali in materia di)”. Così come ha partecipato alla ricerca PRIN da me diretta in materia di giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa.

A quest’ultimo proposito mi piace ricordare il suo saggio su “Procedure di aggiudicazione degli appalti delle amministrazioni europee e tutela giurisdizionale” (in *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, da me curato, Milano, 2010), perché costituisce una sorta di denuncia dello strabismo del sistema europeo, che mentre impone agli Stati membri stringenti procedure di gara, risulta molto più accondiscendente con gli appalti delle Istituzioni europee, assoggettate non già alle medesime direttive, sibbene ai ben più tenui vincoli della normativa contabilistica predisposta ad hoc. Ancora una volta, così come per i poteri impliciti, l’Autore non ha esitato a far sentire con fermezza la sua voce critica, pur in un contesto ricostruttivo generale di grande rispetto per tutte le Istituzioni, ivi comprese quelle europee.

Anche questi episodi rivelano il rigore scientifico di Nicola Bassi. Che affronta gli argomenti di indagine con un approccio giuridico-formale, ma attento alle ricadute pratiche e alle conseguenze buone o cattive, che – senza preconcetti – ne derivano.

Ma credo che non si possa esaurire il discorso sul pensiero giuridico di Nicola Bassi senza fare almeno un cenno alle sue pubblicazioni a carattere prevalentemente didattico, cui si è dedicato con grande impegno soprattutto negli ultimi anni. Si tratta di due brevi manuali per gli studenti, uno di tipo sostanziale (*Le pubbliche amministrazioni e il loro diritto*, Napoli, 2013), l’altro di tipo processuale (*Le pubbliche amministrazioni e i loro giudici*, Napoli, 2015), che meritano tuttavia particolare attenzione.

Essi, infatti, manifestano l’esigenza del docente, ancorché di giovane età per opere di tal fatta, di mettersi al servizio degli studenti, che non a caso lo hanno sempre stimato moltissimo. Il che lo ha indotto ad operare al meglio la trasmissione del proprio sapere giuridico, anche con contributi di tipo espositivo-divulgativo, ma non per questo meno impegnativi o significativi.

E per convincersi dell’approccio dell’Autore, basta rileggere la prefazione al primo dei due saggi da ultimo richiamati, ove Nicola Bassi precisa che «L’obiettivo, assai più modesto, che mi sono prefisso nello scriverlo è di carattere essenzialmente didattico, cioè fornire, soprattutto agli iscritti a corsi di laurea diversi da giurisprudenza, uno strumento il più agile possibile di ausilio alla comprensione, prima ancora che del diritto amministrativo in quanto tale, delle caratteristiche fondamentali di ciò che le pubbliche amministrazioni sono o dovrebbero essere e fanno o dovrebbero fare, e delle ragioni per le quali, nella loro organizzazione e nella loro azione, esse siano tenute a conformarsi a regole giuridiche speciali.

Coerenti a questa logica di fondo sono lo stile cui sono improntate le pagine che seguono e il modo in cui vi sono stati articolati gli argomenti: il mio augurio è di essere riuscito a conservare il tono discorsivo che cerco di utilizzare nelle lezioni in aula.

L'origine di quanto vi apprestate a leggere, infatti, è nei corsi di diritto amministrativo che ho tenuto negli ultimi anni presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca. Di questa straordinaria e indimenticabile esperienza di docenza sono debitore, oltre che naturalmente al Professor Guido Greco (verso in quale la mia riconoscenza è infinita), anche alla Professoressa Margherita Ramajoli, che mi ha riservato l'onore di affiancarla nell'insegnamento.

Rivolgo un pensiero di profonda gratitudine anche ai Professori Giuseppe Pericu e Riccardo Villata, senza i quali niente sarebbe iniziato.

Desidero ringraziare fin d'ora l'Avvocato Angelica Rossetti per il prezioso aiuto che mi ha fornito: tutti gli errori sono ovviamente ascrivibili a mia esclusiva responsabilità.

La quota di mia pertinenza dei diritti d'autore sarà devoluta al Dipartimento di giurisprudenza dell'Università di Parma per il finanziamento di un premio annuale alla migliore tesi di laurea magistrale in diritto amministrativo. Il premio sarà intitolato alla memoria del Professor Giorgio Cugurra, insigne Maestro, che troppo presto ci ha lasciati, ma il cui ricordo rimane vivo nelle nostre menti e nei nostri cuori».

Questo era, questo è Nicola Bassi per tutti noi. Così lo voglio ricordare, così dobbiamo sempre ricordarlo.