



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"
Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Anno 2022
Fascicolo n° 1





AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Direzione

Giuseppe Di Gaspare Bernardo Giorgio Mattarella Aristide Police

Comitato di direzione

Edoardo Ales, Vincenzo Antonelli, Marcello Clarich, Gian Candido De Martin, Silvia De Nitto, Giuseppe Di Gaspare, Pietro Falletta, Giuliano Fonderico, Piero Gambale, Antonio La Spina, Laura Lamberti, Nicola Lupo, Bernardo Giorgio Mattarella, Guido Meloni, Donatella Morana, Aristide Police, Guido Rivosecchi, Aldo Sandulli, Marta Simoncini

Comitato scientifico

Laura Ammannati, Gregorio Arena, Renato Balduzzi, Maria Agostina Cabiddu, Luca Castelli, Fabio Cintioli, Marcello Clarich, Antonio Coccozza, Marco De Giorgi, Gian Candido De Martin, Melina Decaro, Francesca Di Lascio, Fabiana Di Porto, Giuliano Fonderico, Antonio La Spina, Maria Laura Maddalena, Carlo Marzuoli, Francesco Merloni, Alessandro Pajno, Rosalba Picerno, Cesare Pinelli, Marco Piredda, Salvatore Alberto Romano, Fabio Severo Severi, Paolo Urbani

Coordinatori della redazione

Vincenzo Antonelli, Laura Lamberti

Membri della redazione

Alessandro Maria Baroni, Valerio Bontempi, Martina Cardone, Luca Castelli, Guido D'angelo, Maria Pia d'Antuono, Marco Di Folco, Valentina Marano, Alessandra Mattoscio, Maurizio Mensi, Giovanni Piccirilli, Giuseppe Andrea Primerano, Giulio Rivellini, Agostino Sola, Elisabetta Tatì, Simona Terracciano, Michela Tresca, Paolo Zuddas



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Fascicolo n° 1/ Anno 2022

SOMMARIO

LA DELEGA LEGISLATIVA COME STRUMENTO DI COORDINAMENTO DELL'ATTIVITÀ NORMATIVA DI GOVERNO E PARLAMENTO: LE LEZIONI CHE SI POSSONO TRARRE DALLA LEGGE N. 421 DEL 1992 (ANCHE AI FINI DELL'ATTUAZIONE DEL PNRR) di Nicola Lupo.....	4
IL RUOLO E LA RESPONSABILITÀ DELLE PIATTAFORME DI E-COMMERCE di Laura Spano.....	21
L'AMMINISTRAZIONE PER ACCORDI TRA REGIME PUBBLICISTICO E MODULI PRIVATISTICI di Pierluigi Mascaro.....	38
SPORTELLO UNICO E RETICOLI DECISIONALI NELL'ATTUAZIONE DEL PNRR: SEMPLIFICAZIONE E DIGITALIZZAZIONE TRA ORGANIZZAZIONE E PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO di Cristiano Bevilacqua.....	45
LA CASSA DEPOSITI E PRESTITI A SEGUITO DELLA RIFORMA DEL 2003 di Giacomo Di Martino.....	73
BREVI NOTE SU PROVINCE E CITTÀ METROPOLITANE A MARGINE DELLA SENTENZA N. 240 DEL 2021 DELLA CORTE COSTITUZIONALE di Francesco Merloni.....	85
LA RIELEZIONE DI MATTARELLA: UNA SCELTA CHE RASSICURA di Gian Candido De Martin.....	98
LA REGOLAZIONE DEL SERVIZIO IDRICO: L'ARERA, IL PIANO NAZIONALE RIPRESA E RESILIENZA E IL QUADRO STRATEGICO 2022-2025 di Valerio Di Stefano.....	100
LA GESTIONE DEL CICLO INTEGRATO DEI RIFIUTI: ANALISI COMPARATIVA DEI CASE STUDIES DI ROMA E MILANO TRA INPUT EUROPEISTICI VERSO MODELLI DI ECONOMIA RIGENERATIVA E IMPASSE LOCALI di Gianpiero Gaudiosi*.....	123



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

IL CONFERIMENTO DELL'INCARICO DI RESPONSABILE DI POSIZIONE ORGANIZZATIVA, NEI COMUNI PRIVI DI DIRIGENZA, AD UN DIPENDENTE IN QUIESCENZA DI CATEGORIA D di Pasquale Iorio.....	147
ALLA RICERCA DI UN PARADIGMA GIURIDICO DELLA DECISIONE AMMINISTRATIVA ALGORITMICA di Pietro Falletta.....	181
IL MERCATO DIVARIO DI GENERE NEL CONTESTO EDUCATIVO (NOTA A CORTE COST. 4 GENNAIO 2022, N. 1) di Luana Leo.....	190
IL <i>LEASING</i> AI PRIVATI. APPLICAZIONE DELLA NORMATIVA CONSUMERISTICA E INCIDENZA SU PROFILI DI INQUADRAMENTO GIURIDICO E DI DISCIPLINA DELLA FATTISPECIE di Valentina Viti	209
LA GESTIONE AUTOSTRADALE TRA SOSTENIBILITÀ, SICUREZZA E TUTELA DELL'AMBIENTE di Valerio Di Stefano, Giacomo Cerqua e Edoardo Breda.....	232
IL (CRESCENTE) RUOLO DI MEDIAZIONE DEL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA di Gian Candido De Martin.....	251
IL PROBLEMA DELLA FIDUCIA NELLE ISTITUZIONI RAPPRESENTATIVE di Marco Macchia.....	257
LA RIFORMA DELLE CONCESSIONI BALNEARI: DAI CONTRASTI CON IL DIRITTO DELL'UE ALLA DISCIPLINA DEL D.D.L. CONCORRENZA 2021 di Luca Passarini.....	277
SEMPLIFICAZIONE E <i>CAPACITY BUILDING</i> NELL'ORGANIZZAZIONE GIUDIZIARIA. NUOVE FIGURE PROFESSIONALI E RUOLO DELL'UNIVERSITÀ di Armando Lorusso.....	291
LA DIMOSTRAZIONE DELL'INTERESSE A RICORRERE NEL RITO AVVERSO IL SILENZIO. LA POSIZIONE DEL TERZO PREGIUDICATO DALLA SCIA di Gianmarco Poli.....	313
<i>GOLDEN POWERS</i> : I POTERI SPECIALI DEL GOVERNO AL VAGLIO DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO NOTA A T.A.R. LAZIO, ROMA, SEZ. I, 13 APRILE 2022, NN. 4486 E 4488 di Enrica Maria Tepedino*.....	322



La delega legislativa come strumento di coordinamento dell'attività normativa di Governo e Parlamento: le lezioni che si possono trarre dalla legge n. 421 del 1992 (anche ai fini dell'attuazione del PNRR)*

di Nicola Lupo**

5 gennaio 2022

Sommario: 1. Premessa. La connessione tra strumenti normativi e politiche pubbliche e l'importanza del coordinamento. – 2. Le deleghe del Governo Amato e il loro percorso parlamentare. – 3. I tanti pregi della delega legislativa. – 4. Deleghe legislative usate a fini di coordinamento dell'attività normativa di Governo e Parlamento. – 5. L'uso del modello delle grandi deleghe (e delle leggi a cadenza annuale) e la sua crisi. – 6. Quasi trent'anni dopo, ancora alla ricerca del coordinamento: le vicende del "Next Generation EU" e del PNRR. – 7. Il tentativo di rafforzare le strutture di coordinamento nella *governance* del PNRR. – 8. Conclusioni.

Abstract: In uno stato di grave pericolo per l'equilibrio dell'economia e della finanza pubblica, le vicende della legge n. 421 del 1992 e della sua attuazione rappresentano una conferma della flessibilità e delle molte potenzialità dello strumento della delega legislativa. In un'altra fase assai delicata e simile della storia d'Italia, è interessante analizzare quali strumenti normativi furono utilizzati per politiche pubbliche di grande rilievo, in previsione di una serie di azioni di notevole entità e impatto sugli assetti dell'economia, nonché dell'attuazione del Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il PNRR.

In a state of grave danger to the balance of the economy and public finance, the events of Law No. 421 of 1992 and its implementation represent a confirmation of the flexibility and many potentialities of the instrument of legislative delegation. In another very delicate and similar phase in the history of Italy, it is interesting to analyze what regulatory instruments were used for major public policies, in anticipation of a series of actions of considerable magnitude and impact on the structures of the economy, as well as the implementation of Regulation (EU) 2021/241 of the European Parliament and of the Council of February 12, 2021, establishing the PNRR.

* Il testo, destinato al *Liber amicorum per Aldo Carosi*, riprende e aggiorna i contenuti della relazione svolta al seminario organizzato dalla Fondazione CERM il 24 luglio 2020, e pubblicata nel volume *Un metodo per le riforme: l'attualità della legge n. 421 del 1992*, a cura di V. Di Porto, F. Pammolli, A. Piana, Il mulino, Bologna, 2021.

** Ordinario di Diritto Pubblico, LUISS Guido Carli; Visiting professor, Università Nicolò Copernico di Torun.



1. Premessa. La connessione tra strumenti normativi e politiche pubbliche e l'importanza del coordinamento

Per effetto della legge n. 421 del 1992 e delle sue quattro maxi-deleghe (in materia di pubblico impiego, sanità, previdenza, finanza degli enti locali) si determinò allora, in una fase delicatissima dell'economia e del sistema politico italiano, un salto di qualità nelle politiche pubbliche relative ai principali settori della spesa pubblica. Ciò avvenne anche grazie all'adozione di nuovi strumenti e processi normativi mediante cui quelle politiche pubbliche furono poste in essere. Certo, le contingenze erano in quella fase assai peculiari, ma proprio per questo, in un'altra fase assai delicata dell'evoluzione della storia d'Italia, è interessante richiamare con quali strumenti normativi si misero in essere, allora, politiche pubbliche di grande rilievo.

Gli strumenti e i processi di produzione normativa di volta in volta adottati originano importanti effetti non solo sulla qualità della legislazione, ma anche sulla qualità delle politiche pubbliche che quelle norme esprimono. Com'è evidente, vi sono strumenti e processi normativi che incoraggiano politiche pubbliche estemporanee, contingenti e settoriali; e, reciprocamente, altri che invece tendono ad incentivare l'adozione di politiche pubbliche più organiche e di medio-lungo periodo. In quel caso, si riuscì evidentemente a percorrere questa seconda strada e vale la pena domandarsi come ciò sia potuto accadere.

La domanda appare particolarmente rilevante nel momento in cui le istituzioni italiane stanno iniziando a porre in essere una serie di azioni di notevole entità e impatto sugli assetti dell'economia, quali quelle delineate all'interno del Piano nazionale di ripresa e resilienza (d'ora in poi PNRR), in attuazione del Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza¹. Azioni che evidentemente rendono necessari strumenti e processi di produzione normativa adeguati, in particolare richiedendo un efficace coordinamento dell'attività delle diverse istituzioni coinvolte.

2. Le deleghe del Governo Amato e il loro percorso parlamentare

In uno scritto giovanile sull'iter parlamentare della legge n. 421 del 1992 e sulla sua attuazione² analizzavo le procedure seguite dal governo Amato, in una situazione per più versi "estrema". In tale scritto, provavo a valorizzare l'uso intelligente e innovativo dello

¹ Il testo ufficiale del PNRR è nella decisione di esecuzione del Consiglio Ecofin relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia del 13 luglio 2021 e, soprattutto, del relativo allegato: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-10160-2021-ADD-1-REV-2/it/pdf>.

² N. Lupo, *Le deleghe del governo Amato in Parlamento*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1994, n. 1, p. 85 s.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

strumento della delega legislativa che quella legge aveva immaginato e concretizzato, sulla spinta dei parametri di Maastricht e alla vigilia di una crisi valutaria assai grave, che colpì l'Italia nel settembre 1992, nel contesto di un sistema partitico in profonda trasformazione. Ripercorrevi, appunto, l'uso consapevolmente innovativo che il Governo faceva dell'istituto della delega legislativa rispetto alla precedente esperienza repubblicana. Con la presentazione alle Camere, all'indomani del voto della mozione di fiducia, sulla base di dichiarazioni programmatiche in cui le politiche pubbliche in questione venivano richiamate, di un unico maxi-disegno di legge di delega. Nella cui relazione introduttiva si coglieva la volontà di assicurare in questo modo tempi rapidi di approvazione, mantenendo gli assi portanti delle riforme ed evitando che la loro attuazione subisse stravolgimenti in sede parlamentare, ma al tempo stesso assicurando che il contributo parlamentare potesse esplicitarsi nella definizione dei principi e criteri direttivi delle deleghe legislative.

L'iter parlamentare del disegno di legge delega presentato dal Governo il 14 luglio 1992 si sviluppò in tre letture e in tempi assai rapidi, specie rispetto alle tempistiche a quel tempo prevalenti, anche grazie ad un uso intenso degli strumenti del contingentamento dei tempi (anche in commissione in sede referente) e della questione di fiducia (nella seconda e nella terza lettura). Pure l'esame dei relativi decreti legislativi presso le commissioni permanenti di Camera e Senato, ai fini dell'espressione dei relativi pareri (obbligatori ma non vincolanti), si svolse in tempi ristrettissimi, non senza contrapposizioni tra le forze politiche, ma in modo complessivamente proficuo (anche grazie alla costruzione della procedura delle "osservazioni per il parere", rese da altre commissioni parlamentari alla commissione permanente cui era assegnato il relativo schema di decreto legislativo)³: i quattro decreti legislativi "principali", adottati dal Governo a partire dall'entrata in vigore della legge di delega e con cadenza settimanale, furono emanati tre entro la fine del 1992 e l'ultimo nel febbraio successivo, anche in anticipo rispetto al termine assegnato al Governo, fissato in 90 giorni⁴; una serie di ulteriori decreti legislativi più specifici, e poi i relativi decreti legislativi "correttivi" (una ventina in totale) videro la luce nel corso del 1993 (prevalentemente ad opera del governo Ciampi, succeduto al governo Amato a seguito del referendum sulla legge elettorale)⁵. Emergeva come, nel complesso, il Parlamento, pur in una situazione assai peculiare, fosse riuscito a fornire un contributo parziale ma utile ai contenuti

³ Sulla creazione di questa procedura cfr. N. Lupo, *Problemi procedurali e di competenza nella recente prassi della Camera in tema di parere parlamentare su atti del governo*, in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, 1994, n. 2, p. 187 s.; sui suoi sviluppi (in parte codificati nell'art. 96-ter del regolamento della Camera) cfr. E. Albanesi, *Pareri parlamentari e limiti della legge*, Giuffrè, Milano, 2010, spec. p. 210 s.

⁴ Lo notano V. Di Porto, F. Pammolli, *L'Europa, l'Italia, la lezione del 1992*, in *Il Corriere della Sera*, 10 agosto 2020.

⁵ Cfr., per una ricostruzione storica di quel passaggio, U. Gentiloni Silveri, *Contro scettici e disfattisti. Gli anni di Ciampi 1992-2006*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 18 s. e, volendo, N. Lupo, G. Tarli Barbieri, *Dal referendum alla legge Mattarella, in 1920-2020. Carlo Azeglio Ciampi*, vol. I (Governatore, presidente del Consiglio, ministro del Tesoro), Edizioni della Normale, Pisa, 2021, p. 237 s.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

di tali riforme.

In conclusione, vista la fase di transizione allora in corso (si era alla vigilia delle prime elezioni che si sarebbero svolte con la legge elettorale prevalentemente maggioritaria), cercavo di individuare i fattori permanenti e quelli invece transeunti. Valutavo positivamente il "nuovo uso" della delega legislativa, mentre esprimevo perplessità sull'utilizzo troppo intenso della questione di fiducia, in particolare sui disegni di legge di delega, che aveva irrigidito eccessivamente i rapporti tra maggioranza e opposizione, auspicando che esso si potesse ridurre in un Parlamento eletto con metodi maggioritari. Prospettavo altresì, per quanto riguarda il parere parlamentare sugli schemi di decreti legislativi, l'introduzione, con revisione costituzionale, della possibilità per le minoranze parlamentari di sollevare questione di costituzionalità su quelle parti dei decreti legislativi, già segnalate nel parere espresso sullo schema, che esse ritenessero viziate per "eccesso di delega": al fine di consentire un sindacato più rigoroso e tempestivo della Corte costituzionale sul rispetto della legge di delega. Dedicavo infine una specifica attenzione alla bozza di disegno di legge delega per fronteggiare le emergenze economiche, ipotizzata ma poi non presentata dal governo Amato nel settembre 1992, rilevando come essa, a causa di principi troppo vaghi e di una procedura non ben delineata (nella quale era previsto il coinvolgimento obbligatorio e vincolante del Governatore della Banca d'Italia, chiamato a attestare l'esistenza di "uno stato di grave pericolo per l'equilibrio dell'economia e della finanza pubblica"), finisse per avvicinarsi a una "delega di pieni poteri", così come del resto era stato notato nell'intenso dibattito che tale bozza aveva suscitato "a caldo".

3. I tanti pregi della delega legislativa

In effetti, proprio le vicende della legge n. 421 del 1992 e della sua attuazione rappresentano una conferma della flessibilità e, ad un tempo, delle tante potenzialità dello strumento della delega legislativa. Come osservato da autorevole dottrina⁶, la delega legislativa offre, sotto il profilo della razionalità della formazione della volontà legislatrice, una serie di "virtualità positive", che appaiono "totalmente assenti nel decreto legge e non sempre rinvenibili nemmeno nella legislazione parlamentare". In particolare, la distinzione tra principi e i criteri direttivi nella legge di delega e il loro "riempimento" nel decreto legislativo introduce nella legislazione "prima della *voluntas*, la *ratio*; prima ci si accorda sull'impostazione generale di una determinata disciplina e dopo – stabilito qual è il senso del legiferare – si agisce coerentemente di conseguenza".

In altri termini, la delega legislativa origina l'attivazione di un procedimento

⁶ Le espressioni virgolettate sono tratte da G. Zagrebelsky, *Conclusioni*, in *La delega legislativa*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 24 ottobre 2008, Giuffrè, Milano, 2009, p. 319 s., spec. 325 s.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

complesso – o “duale”, secondo altra terminologia⁷ – a tempi (relativamente) certi, con un corretto riparto di ruoli tra Governo e Parlamento: il disegno di legge trae origine da un’iniziativa governativa; con l’approvazione della legge di delega i principi e i criteri direttivi che guidano l’opera del legislatore delegato devono essere condivisi tra Governo e Parlamento (ove ben può registrarsi, in proposito, un consenso più ampio di quello della sola maggioranza); la predisposizione dei decreti legislativi rientra evidentemente nella competenza del Governo, il quale ha perciò l’ultima parola sul relativo testo, ma ha luogo normalmente, in ossequio alle prescrizioni dettate da ciascuna legge di delega, in esito ad un articolato procedimento, nel quale possono essere sentite le autonomie territoriali, le forze sociali e soggetti di varia natura, e nel quale sono infine raccolti i pareri delle commissioni parlamentari (anche qui con un contributo di maggioranza e opposizione)⁸.

Due ulteriori elementi vanno aggiunti, perché contribuiscono a rendere funzionale il procedimento di delega legislativa. Uno è dato dalla possibilità che il legislatore delegante accompagni la delega principale con una delega accessoria, che autorizza il Governo, successivamente all’adozione del decreto legislativo, all’adozione, entro un termine ulteriore, di uno o più decreti legislativi correttivi, chiamati a muoversi nell’ambito dei principi predefiniti e con la medesima procedura, i quali possono risultare preziosi per adeguare la disciplina contenuta nel decreto legislativo principale alle indicazioni provenienti dalla prima prassi applicativa⁹. Il secondo elemento è rappresentato dal fatto che sulla coerenza tra legge delega e decreto legislativo vi è un sindacato per il c.d. “eccesso di delega” esercitabile dalla Corte costituzionale, in grado perciò di annullare decreti legislativi che risultino in contrasto con i principi e criteri direttivi, o anche con l’oggetto della delega. Un sindacato invero di non facilissima attivazione in tempi rapidi, la cui esistenza, comunque, obbliga il Governo e gli altri soggetti a muoversi all’interno dei binari fissati dal legislatore delegante.

Certo, al di là della razionalità del modello costituzionale, occorre vedere come questo è in concreto utilizzato da Governo e Parlamento, che potrebbero avvalersi della flessibilità dello strumento¹⁰ al fine di alternarne i caratteri in senso negativo, ossia di sminuire gli elementi di razionalità e di accrescerne invece quelli che determinano incertezza. Non mancano casi in cui proprio questa flessibilità ha finito per fare più danni che altro: esemplare può considerarsi il caso della delega c.d. “taglialeggi”, in cui prima la previsione e poi l’abuso della decretazione correttiva hanno accresciuto il caos normativo, sommandosi a

⁷ Cfr. A. Manzella, *Il parlamento*, III ed., Il mulino, Bologna, 2003, p. 352 s.

⁸ Per recenti riesami della tematica, con ampi riferimenti alla prassi, cfr. G. Marchetti, *La delegazione legislativa tra Parlamento e Governo: studio sulle recenti trasformazioni del modello costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2016, spec. p. 235 s. e U. Ronga, *La delega legislativa. Recente rendimento del modello*, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, spec. p. 41 s.

⁹ Cfr., anche per ulteriori indicazioni, M. Ruotolo, *I limiti della legislazione delegata integrativa e correttiva*, in *La delega legislativa*, cit., p. 41 s.

¹⁰ Sottolineata acutamente da S. Staiano, *Decisione politica ed elasticità del modello nella delega legislativa*, Liguori, Napoli, 1990, spec. p. 41 s.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

interventi reiterati (e contraddittori) sulla norma di delega¹¹; o, per altri versi, la delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario, la cui attuazione, a cavallo tra due legislature, ha finito per risultare assai parziale, a causa del mutamento dell'indirizzo politico del Governo¹². Anche la recente proroga generica e generalizzata, a seguito del Covid-19, di tutte le deleghe legislative in corso, avvenuta con una disposizione inserita in una legge di conversione, può farsi a pieno titolo rientrare nelle patologie dell'istituto¹³.

Nel caso della legge n. 421 del 1992, invece, come si accennava, si possono riscontrare alcuni elementi essenziali che aiutano a spiegarne il successo: un buon testo del disegno di legge uscito dal Governo (il che non accade sempre); rapida elaborazione e approvazione da parte delle Camere del disegno di legge, con una serie di modifiche ai principi e alle modalità di formazione dei decreti legislativi; tempistica assai celere di predisposizione degli schemi dei decreti legislativi, di espressione dei pareri parlamentari e poi di emanazione dei decreti legislativi; attuazione completa delle deleghe legislative previste¹⁴.

4. Deleghe legislative usate a fini di coordinamento dell'attività normativa di Governo e Parlamento

¹¹ Art. 14, comma 14 e seguenti, della legge n. 246 del 2005, su cui cfr. ampiamente P. Carnevale, *Salvar l'insalvabile. la corte costituzionale, la delega salva-leggi e l'incostituzionalità per accertamento del diritto vigente. Lo strano caso della sentenza n. 182 del 2018*, in www.gruppodipisa.it, 2019, n. 2, p. 12 s.; Id., *Le cabale della legge*, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, spec. p. 51 s.; F. Pacini, *La ristrutturazione assente. Strumenti e limiti di un riordino complessivo della normativa primaria*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, spec. p. 49 s.; M. Cecchetti, *Il "taglio" delle leggi tra deleghe legislative, decretazione d'urgenza, clausole "ghigliottina" e abrogazioni espresse*, in *Studi sulle fonti del diritto. I. Le relazioni tra Parlamento e Governo*, a cura di S. Pajno e G. Verde, Giuffrè, Milano, 2010, p. 96 s.; N. Lupo, *Le materie escluse e i decreti legislativi "correttivi"*, in *La delega "taglialeggi": i passi compiuti e i problemi da sciogliere*, a cura di N. Lupo e R. Zaccaria, Aracne, Roma, 2008, p. 51 s.

¹² Legge n. 103 del 2017, su cui cfr. E. Catelani, *I poteri normativi del Governo dopo lo scioglimento delle Camere e prima della formazione di un nuovo Governo fra prassi e direttive: il caso della legge delega n. 103 del 2017*, in *Archivio Penale*, 2018, p. 41 s.; P. Mazzina, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: quando il provvedere per emergenze "stressa" procedure e organi costituzionali*, *ivi*, p. 63 s.; e G. Piccirilli, *Salvate la riforma dell'ordinamento penitenziario!*, in www.forumcostituzionale.it, 23 luglio 2018.

¹³ Per le ragioni che si sono illustrate in N. Lupo, *La proroga "innominata" delle deleghe legislative in scadenza. A proposito dell'art. 1, comma 3, della legge n. 27 del 2020 (di conversione del decreto-legge n. 18 del 2020)*, contributo al webinar dell'Osservatorio sulle fonti su "Le fonti normative nell'emergenza Covid-19", svoltosi il 30 aprile 2020, in www.osservatoriosullefonti.it, speciale 2020, p. 605 s. Cfr. anche A. Vernata, *Governo e Parlamento nella produzione normativa. Evoluzioni o consolidamento di una nuova Costituzione materiale?*, in www.rivistaaic.it, 2020, n. 3, p. 55 s., spec. 68 s.,

¹⁴ Sui (non pochi) casi di inattuazione di deleghe legislative e i problemi che esse originano cfr. D. De Lungo, *Le deleghe legislative inattuate*, ESI, Napoli, 2017, spec. p. 62 s.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Maxi deleghe così come quelle contenute nella legge n. 421 del 1992 finiscono, se ben concepite, per assicurare un obiettivo istituzionale tutt'altro che scontato: ossia, un elevato tasso di coordinamento dell'attività normativa di Governo e Parlamento, la quale viene così ad essere concentrata e finalizzata al raggiungimento degli obiettivi indicati nella legge di delega. O, per meglio dire, riescono a coordinare più efficacemente: in primo luogo, al suo interno, l'attività normativa del Governo; in secondo luogo, l'attività legislativa dei due rami del Parlamento; in terzo e ultimo luogo, il ruolo normativo del Governo e quello del Parlamento, tra di loro.

Semberebbero elementi quasi scontati. Eppure, queste opere di coordinamento, pur necessarie, si rivelano essere mai agevoli e risultano spesso realizzate assai parzialmente.

Nel primo caso, pur in presenza di un'organizzazione unitaria e di apposite sedi espressamente incaricate di assicurare il coordinamento dell'attività normativa del Governo (si pensi soprattutto al Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei ministri-DAGL), a causa della frammentazione delle coalizioni governative, e dell'assetto "a direzione plurima dissociata" spesso assunto dalla compagine governativa¹⁵. Nel secondo caso, in dipendenza della pluralità delle sedi parlamentari coinvolte nei processi legislativi, accentuata ovviamente dall'attività delle commissioni in sede deliberante/legislativa e dal bicameralismo simmetrico¹⁶. Nel terzo caso, infine, a causa di un funzionamento peculiare della forma di governo parlamentare, che pure dovrebbe in teoria caratterizzarsi per una "fusione dei poteri" Legislativo e Esecutivo, nel perseguimento di un indirizzo politico comune: per cui si registra un equilibrio Governo-Parlamento nell'esercizio dei poteri normativi mai pienamente stabilizzatosi, tra una disciplina costituzionale che tende a disconoscere un ruolo direttivo al Governo nel procedimento legislativo, e una prassi che, almeno nell'ultimo trentennio, lo vede invece dominare di fatto, grazie al sistematico ricorso a strumenti eccezionali quali decreti-legge e questioni di fiducia, il sistema delle fonti e il procedimento legislativo¹⁷.

Ecco allora che le grandi leggi di delega possono essere strumenti preziosi per fissare finalità generali, priorità, tempistiche e criteri d'ordine nei riguardi di una dinamica politico-istituzionale che altrimenti tende a rivelarsi troppo frammentata e dispersiva: e, perciò, per esporre l'attività legislativa a questo o a quell'interesse settoriale e contingente. Come è stato giustamente notato, le grandi deleghe unificano "complesse strategie di riforma intorno al governo, molto spesso in relazione a stringenti indirizzi imposti dall'Unione europea, che richiedono una legislazione in grado di intervenire in tutti i settori in modo coerente e

¹⁵ Sui rischi del governo "a direzione plurima dissociata" cfr. E. Cheli, V. Spaziante, *Il Consiglio dei Ministri e la sua presidenza: dal disegno alla prassi*, in *L'istituzione Governo. Analisi e prospettive*, a cura di S. Ristuccia, Comunità, Milano 1977, p. 41 s.

¹⁶ Sul difficile coordinamento del policentrismo parlamentare attraverso la programmazione dei lavori cfr. A. Manzella, *Il parlamento*, cit., p. 145 s.

¹⁷ Del Governo come "signore delle fonti" parla M. Cartabia, *Il Governo "signore delle fonti"?*, in *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, a cura di M. Cartabia, E. Lamarque, P. Tanzanella, Giappichelli, Torino, 2011, p. IX s.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

omogeneo”; e lo fanno “ricollegando diversi livelli territoriali” e distribuendo i “poteri tra Stato, *authorities* e regioni”¹⁸. In altri termini, tali grandi leggi di delega coordinano appunto l'attività normativa del Parlamento, del Governo e dei diversi soggetti in grado di adottare norme giuridiche.

In queste procedure, il Parlamento è evidentemente destinato a concorrere insieme a molti altri soggetti, in una posizione che spesso da centrale tende a divenire laterale: chiamato, più che ad approvare leggi, a concorrere alla determinazione di principi e, poi, ad esprimere pareri su schemi di atti normativi predisposti dal Governo¹⁹. Pareri delle commissioni parlamentari che risultano tanto più rilevanti, com'è intuibile, quanto più questi riescono a convogliare e ad esprimere in forma unitaria e coerente il peso e la ricchezza del pluralismo politico e dei diversi settori coinvolti.

5. L'uso del modello delle grandi deleghe (e delle leggi a cadenza annuale) e la sua crisi

Dal 1992 in poi, non sono certamente mancate altre occasioni in cui si è mirato a utilizzare lo strumento delle leggi di delega al fine del conseguimento di mega-obiettivi in vista dei quali coordinare l'attività normativa di Parlamento e Governo.

Un caso senz'altro assai significativo e sostanzialmente coronato da successo può considerarsi quello della legge n. 59 del 1997 (c.d. legge Bassanini 1): una legge contenente una cospicua serie di norme di delega che hanno interessato anche alcuni dei settori già oggetto di intervento da parte della legge n. 421 del 1992, e che hanno consentito di valorizzare le autonomie territoriali al massimo grado consentito dalla Costituzione allora vigente (prima della riforma costituzionale del Titolo V, di cui alla legge costituzionale n. 3 del 2001), riorganizzando al tempo stesso l'amministrazione centrale. Nell'attuazione di quelle deleghe, tra l'altro, l'apposita commissione bicamerale riuscì a giocare un peso niente affatto trascurabile, contribuendo così alla proficua e tempestiva attuazione delle tante deleghe legislative ivi previste²⁰. Ugualmente ambizioso, anche se forse con maggiori

¹⁸ Così A. Palanza, *La perdita dei confini: le nuove procedure interistituzionali nel Parlamento italiano*, in *Storia d'Italia. Annali 17. Il Parlamento*, a cura di L. Violante, Einaudi, Torino, 2001, p. 1211 s., spec. 1244 s.

¹⁹ Si è provocatoriamente parlato, in proposito, di un Parlamento “consulente”: cfr., sin dal titolo, *Il Parlamento "consulente". Dati e tendenze relativi alla funzione consultiva parlamentare nella XIII legislatura*, a cura di E. Rossi, Jovene, Napoli, 2002.

²⁰ Per un bilancio cfr. lo stesso F. Bassanini, *Dieci anni dopo la legge 59 del 1997: un bilancio delle riforme amministrative degli anni novanta*, in www.astrid.eu, gennaio 2008. Sul ruolo del Parlamento cfr., tra gli altri, la ricerca *Parlamento e politiche pubbliche. Il caso della Commissione bicamerale per l'attuazione della legge n. 59. Rapporto di rilevazione svolta nell'ambito del seminario 2000*, a cura di P. Caretti, M. Morisi, in Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari, *Quaderno n. 11. Seminario 2000*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 197 s. e A. Raffaelli, A. Sperti, *I pareri della Commissione bicamerale per la riforma amministrativa (c.d. bicameralina) sugli schemi di decreto legislativo*, in *Il Parlamento "consulente"*, cit., p. 7 s., nonché V. Cerulli Irelli, *Costituzione e Amministrazione. Documenti di un itinerario riformatore*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 221 s.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

chiaroscuri, specie nella sua implementazione, può ritenersi il disegno derivante dalla legge n. 42 del 2009 sul c.d. "federalismo fiscale", in attuazione del nuovo art. 119 Cost.²¹.

E non è certo casuale che proprio la delega legislativa rappresenti, praticamente da sempre, lo strumento principe per dare attuazione al diritto dell'Unione europea, proprio grazie alla sua capacità di imporre un qualche coordinamento al Parlamento e al Governo, nelle loro varie articolazioni, nel perseguire l'obiettivo di adeguare l'ordinamento italiano alle direttive adottate in seno all'Unione europea²². Un coordinamento che invero sarebbe necessario perseguire da ben prima, in occasione della c.d. "fase ascendente", ma che comunque deve raggiungersi almeno nella c.d. "fase discendente"²³, appunto grazie all'azione di deleghe legislative, perlopiù contenute in apposite leggi "a cadenza annuale" (la legge comunitaria prima; la legge di delegazione europea poi).

Anche lo strumento delle leggi "a cadenza annuale" può dirsi volto a conseguire una finalità sostanzialmente analoga: sulla scorta appunto dell'esperienza della legge comunitaria, si intesta in capo ad una certa legge, da approvarsi regolarmente ogni anno, un macro-obiettivo, e si finalizzano a questo macro-obiettivo tutti i contenuti che possono essere collocati nella legge in questione (definendone così il c.d. "contenuto proprio"). Lo si è fatto per la legge annuale di semplificazione e poi per la legge annuale per il mercato e la concorrenza, peraltro con successo piuttosto relativo: avendo le leggi in questione faticato non poco a mantenere la loro cadenza annuale sia nell'approvazione parlamentare, sia, ancor prima, nella presentazione del relativo disegno di legge da parte del Governo²⁴.

²¹ Cfr., sui profili procedurali, N. Lupo, *Il procedimento di attuazione della delega sul federalismo fiscale e le nuove sedi della collaborazione tra i livelli territoriali: commissione bicamerale, commissione tecnica paritetica e conferenza permanente*, in www.federalismi.it, 2 dicembre 2009; e, per un bilancio sull'attuazione della legge n. 42 del 2009, S. Mangiameli, *L'autonomia finanziaria delle Regioni tra attuazione e inattuazione*, in <http://www.issirfa.cnr.it/stelio-mangiameli-l-autonomia-finanziaria-delle-regioni-tra-attuazione-e-inattuazione-luglio-2015.html>, luglio 2015.

²² Cfr., tra gli altri, G. Tarli Barbieri, *La delega legislativa nei più recenti sviluppi*, in *La delega legislativa*, cit., p. 93 s., spec. 124 s., e S. Baroncelli, *Lo sdoppiamento della "legge comunitaria": una scelta avveduta?*, in *Attuare il diritto dell'Unione europea in Italia. Un bilancio a 5 anni dall'entrata in vigore della legge n. 234 del 2012*, a cura di E. Moavero Milanese, G. Piccirilli, Cacucci, Bari, 2018, p. 119 s., spec. 130 s.

²³ Per una critica alla distinzione tra fase ascendente e fase discendente cfr. R. Ibrido, *Formulating and Implementing EU Law and Policies: 'Ascending' and 'Descending' Phases and Beyond*, in *The Italian Parliament in the European Union*, edited by N. Lupo, G. Piccirilli, Hart, Oxford, 2017, p. 55 s., spec. 65 s., e C. Fasone, *La distinzione tra "fase ascendente e "fase discendente", e il suo superamento*, in *Attuare il diritto dell'Unione europea in Italia*, cit., p. 103 s.

²⁴ Sulla legge di semplificazione cfr. N. Lupo, G. Tarli Barbieri, *Le leggi annuali di semplificazione: appunti per un bilancio*, in *Osservatorio sulle fonti 2007. La qualità della normazione*, a cura di Paolo Caretti, Torino, Giappichelli, 2008, p. 215 s., e G. Mobilio, *I più recenti tentativi di "sistemazione" tramite delega legislativa*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2019, n. 2, spec. p. 6 s. Sulla legge per la concorrenza cfr. R. Cifarelli, *Il declino delle leggi "a cadenza annuale" nel processo legislativo italiano: spunti di riflessione a partire dalla prima legge annuale per il mercato e la concorrenza*, in *ASTRID Rassegna*, 2017; e, anche per un parallelo, E. Frontoni, *La periodicità perduta e quella neonata: legge di semplificazione annuale e legge annuale per il mercato e la concorrenza*, in www.federalismi.it, Focus Fonti, n. 2/2018.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Anzi, deve registrarsi come nell'ultimo decennio il modello delle leggi "a cadenza annuale" sia stato sostanzialmente abbandonato, a vantaggio del prevalere di una legislazione sempre più frammentata e precaria, adottata spesso sull'onda di questioni emerse all'attenzione dell'opinione pubblica e volta prevalentemente a perseguire finalità di breve respiro, quando non di mera immagine²⁵. Salvo forse ora riaffacciarsi da ultimo, per effetto del PNRR, almeno nelle vesti delle leggi annuali per il mercato e la concorrenza, in non casuale coincidenza con uno strumento che ha impegnato l'Italia ad adottare riforme con al centro interessi e obiettivi di medio e lungo periodo.

6. Quasi trent'anni dopo, ancora alla ricerca del coordinamento: le vicende del "Next Generation EU" e del PNRR

Come si accennava, dunque, la gran parte della legislazione adottata nell'ultimo decennio e, con ancora maggiore evidenza, quella predisposta durante la pandemia del Covid-19, ha dunque una matrice ben diversa rispetto alle deleghe del Governo Amato da cui si son prese le mosse. È evidente che riforme impegnative e destinate a creare una effettiva discontinuità non sono certamente incoraggiate dal prevalere di decreti-legge "omnibus", caratterizzati da una lunga gestazione endogovernativa, da un impervio cammino parlamentare durante il quale vengono introdotte ulteriori disposizioni ("impacchettate" in maxi-emendamenti su cui il Governo pone la questione di fiducia), nonché da una implementazione assai lenta e faticosa. E neppure è facile immaginare che riforme siffatte vengano inserite all'interno di leggi di bilancio ormai regolarmente definite, negli ultimi anni, nel corso di un'unica lettura per ciascun ramo del Parlamento, peraltro "blindata" attraverso la posizione della questione di fiducia²⁶.

Metodi legislativi tutt'altro che conformi al dettato costituzionale e ai principi della buona legislazione, ma che sono stati usati in modo particolarmente intenso per ovviare a difficoltà endemiche del sistema politico a darsi indirizzi politici e legislativi concordati e dotati di una adeguata tenuta all'interno del Governo come in seno a ciascuna delle due

²⁵ Cfr., tra gli altri, S. Spuntarelli, *L'amministrazione per legge*, Giuffrè, Milano, 2007; G. Arconzo, *Contributo allo studio della funzione legislativa provvedimentale*, Giuffrè, Milano, 2013; E. Longo, *La legge precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Giappichelli, Torino, 2017; F.F. Pagano, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018. Nel senso della necessità di strumenti che stimolino il legislatore a guardare alle generazioni future cfr. L. Bartolucci, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione*, Cedam, Padova, 2020.

²⁶ Pratica invero stigmatizzata dalla Corte costituzionale, ma forse non con forza adeguata, e comunque senza ottenere pressoché alcun seguito in Parlamento, con le ordinanze n. 17 del 2019 e n. 60 del 2020, sulle quali si è registrato un vivace dibattito dottrinale: cfr., anche per ulteriori indicazioni, F. Gabriele, *La "politica" dei ricorrenti e quella ("a tutto campo") della Corte*, in *Lo Stato*, 2019, n. 13, p. 55 s., e E. La Fauci, *I conflitti sollevati dai parlamentari a seguito dell'ordinanza n. 17/2019: tanto rumore per nulla?*, in www.osservatorioaic.it, 2021, n. 4.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Camere. A loro volta, questi metodi hanno portato a far prevalere la legislazione più emergenziale, frammentata e di breve periodo, a danno di quella più organica, intersettoriale e con intenti riformatori di più ampio respiro.

Il Next Generation EU impone ora una forte discontinuità, nei metodi oltre che nei contenuti dell'attività legislativa.

Conformemente a un auspicio che si era formulato all'indomani dell'adozione, in sede europea, del meccanismo²⁷, sono stati infatti immaginati – in esito ad un processo tutt'altro che agevole, che ha concorso a determinare il passaggio di consegne tra il Governo Conte 2 e il Governo Draghi – strumenti di coordinamento dell'attività legislativa volti a introiettare i vincoli europei, ad assicurare una adeguata compresenza di soggetti politici e istituzionali, delle forze sociali e dei tecnici, e infine a introdurre i giusti incentivi al perseguimento, da parte di tutti gli attori, di opzioni sostenibili e lungimiranti.

Si è così definita una programmazione quinquennale che delinea obiettivi quantitativi e traguardi qualitativi, rileggendo alla luce delle priorità europee (a partire da *green economy* e digitalizzazione) molte tra le riforme rimaste nei cassetti delle amministrazioni ministeriali o bloccatesi per effetto di questo o di quel potere di veto. Nell'individuare, un punto di riferimento obbligato è stato rappresentato dalle *country specific recommendations* che – succedutesi anno dopo anno nelle procedure del semestre europeo – non sono certo occhiate indicazioni provenienti dai "burocrati di Bruxelles", bensì linee di indirizzo politico che qualunque Governo dotato di buon senso e non vittima dei veti incrociati dovrebbe perseguire con convinzione, in nome dell'interesse nazionale e della stessa competitività del mercato comune europeo. Non è un caso che i temi della crescita economica e della riduzione del debito pubblico vi compaiano in modo quasi ossessivo, accanto alla riforma della pubblica amministrazione, alla riduzione della durata dei processi civili, alla lotta all'evasione fiscale, e così via²⁸.

Sul piano della legislazione, il PNRR incoraggia – al di là della primissima fase attuativa, nella quale si è inevitabilmente fatto ricorso agli strumenti disponibili²⁹ – una discontinuità nel metodo che è stato fin qui largamente prevalente, e che ha conosciuto

²⁷ Cfr. N. Lupo, *Meccanismi istituzionali per i fondi del "Next Generation EU"*, in *Rivista Il Mulino on line*, 28 luglio 2020.

²⁸ Sulle *country specific recommendations* e sul loro seguito cfr. le analisi di G. Menegus, *Gli indirizzi di massima per il coordinamento delle politiche economiche ex art. 121 TFUE nel quadro del semestre europeo*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2020, n. 3, p. 1452 s., spec. 1491 s., e di L. Bartolucci, *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione. Procedure euro-nazionali di bilancio e responsabilità verso le generazioni future*, Cedam, Padova, 2020, p. 351 s.; nonché, in chiave politologica, di C. Mariotto, F. Franchino, *L'attuazione delle raccomandazioni specifiche all'Italia dal 2002 al 2018*, in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 2020, n. 2, p. 159 s.

²⁹ Sovrappone questa attuazione immediata con il nodo più generale del perseguimento delle politiche indicate dal PNRR, giungendo perciò a conclusioni non condivisibili, L. Bartolucci, *Sull'inopportunità di intraprendere un percorso di riforma del procedimento legislativo in tempo di Next generation EU*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna On Line*, 2021, n. 2.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

ulteriori degenerazioni nel corso dell'emergenza pandemica³⁰. Infatti, non solo, come si rilevava, vi è un recupero delle leggi annuali per il mercato e la concorrenza, ma, soprattutto, numerose sono, al suo interno, le leggi di delega che vengono delineate, grazie alle quali si mira a porre in essere riforme incisive, possibilmente elaborate con il coinvolgimento attivo e trasparente dei diversi soggetti e interessi in campo³¹. Come si è rilevato, quello di delega legislativa è un procedimento che, se ben concepito, è in grado di innalzare il livello di razionalità del processo decisionale e di offrire i giusti incentivi per compiere riforme organiche e stabili, almeno nei loro principi di fondo.

Più in generale, è l'attività legislativa che per una quota significativa è già delineata dal PNRR, nei suoi elementi essenziali e nelle sue tempistiche, fino al 31 dicembre 2026. Queste tempistiche, per un verso, offrono un quadro programmatico definito, al quale le istituzioni italiane non sono abituate, che consente di pianificare e porre in essere attività istruttorie adeguate, in ambito parlamentare come all'interno del Governo. Per altro verso, questo fa sì che l'opzione consistente in un rinvio, a cui nei negoziati endogovernativi come in quelli parlamentari si è fatto tradizionalmente ricorso con notevole frequenza, finisce per diventare non più praticabile, ogni qual volta tale rinvio risulti incompatibile con le tempistiche indicate dal PNRR, visto che la conseguenza sarebbe una sospensione o una riduzione (parziale) dei pagamenti delle rate concordate³².

Al tempo stesso, in parallelo all'attuazione del PNRR, che assorbe sì una quota significativa delle priorità dei lavori parlamentari, ma non li esaurisce di certo, è auspicabile in capo alle due Camere ritorni una qualche capacità di (ri)elaborazione legislativa, che potrebbe essere incoraggiata dai processi di riaccorpamento delle commissioni permanenti e di riorganizzazione del bicameralismo che dovranno auspicabilmente fare seguito alla

³⁰ Lo si è sinteticamente ricostruito in N. Lupo, *Così l'emergenza pandemica ha aggravato la crisi del procedimento legislativo in Italia*, LUISS School of Government Policy Brief, n. 13, 2020 (https://sog.luiss.it/sites/sog.luiss.it/files/LUISS_SOG_policybrief%2013.pdf) e Id., *La valutazione dei costi dei diritti nel procedimento legislativo*, in *Il costo dei diritti*, a cura di F. Pammolli, C. Tucciarelli, Il mulino, Bologna, 2021, p. 109 s.

³¹ Uno spunto in tal senso è nel Rapporto Assonime su *Quale assetto istituzionale per l'impiego dei fondi Next Generation EU*, a cura di S. Micossi, 24 novembre 2020, p. 27 (in www.assonime.it), ove si delinea "una delega legislativa ad ampio raggio", e si sostiene inoltre che "in tempi ragionevoli e con scansione temporale predefinita andrebbero approvate leggi di delega per avviare le riforme strutturali richieste dalle raccomandazioni indirizzate al nostro Paese nell'ambito del Semestre europeo nel 2019 e nel 2020". In chiave critica cfr., invece, F. Salmoni, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina. Condizionalità, debito e potere*, in www.costituzionalismo.it, 2021, n. 2, p. 51, spec. 88.

³² Cfr. l'art. 24 del citato Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio. Si noti che tale Regolamento, all'art. 21, espressamente consente modifiche ai piani nazionali; tuttavia, esse, motivate sulla base di circostanze oggettive, debbono essere oggetto di una valutazione della Commissione, che può proporre l'approvazione al Consiglio (nella formazione ECOFIN), e ben si può immaginare che, di regola e salvo circostanze assai particolari, gli altri Stati membri saranno tutt'altro che inclini ad accettare modifiche significative del piano già approvato e finanziato.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

riduzione dei parlamentari derivante dalla legge costituzionale n. 1 del 2020³³. Possibilmente coinvolgendo nei processi legislativi le autonomie regionali e locali in modo diretto e sistematico, grazie all'integrazione con loro rappresentanti della Commissione parlamentare per le questioni regionali, in (anche qui, assai tardiva) attuazione dell'art. 11 l. cost. n. 3/2001³⁴. E magari inserendo nel procedimento legislativo incentivi a perseguire anche al loro interno una logica di lungo periodo, in attuazione del valore della sostenibilità, cui dal 2012 è assegnato, seppure limitatamente alla sostenibilità del debito pubblico, rango costituzionale³⁵.

7. Il tentativo di rafforzare le strutture di coordinamento nella *governance* del PNRR

Ovviamente, il coordinamento è necessario non solo nello svolgimento dell'attività legislativa, ma, più in generale, in tutta l'attività di attuazione del PNRR. Non è un caso che proprio sulla questione della *governance* del *recovery plan* il Governo Conte 2 abbia compiuto uno dei principali passi falsi, che hanno poi condotto alla crisi del gennaio 2021: con un goffo tentativo di disciplinare in gran fretta e con uno strumento legislativo iper-

³³ Cfr. tra gli altri, L. Ciaurro, *Riduzione del numero dei parlamentari e procedure parlamentari*, in www.forumcostituzionale.it, 2020, n. 3, p. 349 s.; G.L. Conti, *Temeraria è l'inerzia. Il taglio dei parlamentari e le sue conseguenze*, Pisa University Press, Pisa, 2020, p. 45 s.; S. Curreri, *Gli effetti della riduzione del numero dei parlamentari sull'organizzazione e sul funzionamento delle Camere*, in www.federalismi.it, 15 aprile 2020; V. Di Porto, *La riforma "furba" e le possibili opportunità per riforme regolamentari che assecondino le tendenze monocamerale dell'ordinamento*, in www.forumcostituzionale.it, n. 3, 2020, p. 393 s.; L. Gianniti, N. Lupo, *Le conseguenze della riduzione dei parlamentari sui regolamenti di Camera e Senato*, in *Quaderni costituzionali*, 2020, n. 3, p. 559 s.; L. Gori, *Sull'organizzazione del Parlamento e sui regolamenti parlamentari*, in E. Rossi (a cura di), *Meno parlamentari, più democrazia?*, Pisa University Press, Pisa 2020, p. 131 s.; N. Lupo, *Riduzione del numero dei parlamentari e organizzazione interna delle Camere*, in www.forumcostituzionale.it, 2020, n. 3, p. 327 s.; C. Masciotta, *I regolamenti parlamentari alla prova della riduzione del numero dei parlamentari*, in www.osservatoriosullefonti.it, 2020, n. 2; C. Tucciarelli, *Il significato dei numeri: riduzione del numero di deputati e senatori e regolamenti parlamentari*, www.osservatoriosullefonti.it, 2020, n. 1, nonché, per profili più specifici, altri contributi pubblicati su www.forumcostituzionale.it, 2020, n. 3. All'indomani del referendum cfr. G. Savini, *La (auspicabile) modernizzazione del procedimento legislativo: a margine della riduzione del numero di parlamentari a seguito del referendum del 20 e 21 settembre*, in www.forumcostituzionale.it, 2020, n. 4, e R. Ibrido, *La riduzione del numero dei parlamentari ed il "cantiere" delle riforme regolamentari*, in *Rassegna parlamentare*, 2020, n. 2, p. 165 s.

³⁴ Cfr., anche per ulteriori indicazioni, E. Vivaldi, *La partecipazione delle Regioni ai procedimenti decisionali del Parlamento alla luce del nuovo regolamento della Commissione bicamerale per le questioni regionali: quali prospettive?*, in *Le Regioni*, 5-6, 2018, p. 895 s.; M.G. Rodomonte, *Il bicameralismo incompiuto. Democrazia e rappresentanza del pluralismo territoriale in Italia*, Cedam, Padova, 2020, spec. p. 182 s.

³⁵ Cfr., anche per ulteriori indicazioni, L. Bartolucci, *La necessità di orientare le decisioni al futuro: il "Committee for the Future" del Parlamento finlandese e la situazione italiana*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2019, n. 205-6, p. 45 s. e Id., *La sostenibilità del debito pubblico in Costituzione*, cit., spec. p. 205 s.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

contingente, com'è per definizione un emendamento alla legge di bilancio, una questione che invece all'evidenza presentava un rilievo strategico, sia in termini politico-amministrativi, sia in termini di impatto sul sistema produttivo pubblico e privato³⁶.

E non a caso il Governo Draghi ha chiarito, sin dalle sue dichiarazioni programmatiche, che la responsabilità principale nell'attuazione del PNRR sarebbe spettata al Ministro dell'economia e delle finanze³⁷, che è a capo sicuramente dell'amministrazione ministeriale più "europeizzata", ossia il Ministero dell'economia e delle finanze³⁸. Mentre ha abbandonato l'idea, perseguita dal governo Conte 2, di avvalersi del Comitato Interministeriale per gli Affari Europei-CIAE³⁹: una scelta che avrebbe forse avuto un senso sul piano astratto, ma che avrebbe affidato una partita decisiva ad un'amministrazione, quella del Dipartimento per gli affari europei della Presidenza del Consiglio, per più versi troppo debole e non adeguatamente attrezzata a svolgere un compito di coordinamento così imponente e delicato.

Nel delineare la *governance* del PNRR il decreto-legge n. 77 del 2021, come convertito dalla legge n. 108 del 2021, ha poi immaginato un'ulteriore struttura di coordinamento a Palazzo Chigi: ossia, in particolare, la Cabina di regia per l'attuazione del PNRR. Una struttura – dotata di un'apposita segreteria tecnica e collegata funzionalmente all'Unità per la razionalizzazione e il miglioramento della regolazione e al Tavolo permanente per il partenariato economico, sociale e territoriale, anch'esse strutture di missione di nuova istituzione e con coordinatori nominati per cinque anni, indipendentemente dalla durata del Governo – che è presieduta dal Presidente del Consiglio e composta dai Ministri di volta in volta interessati *ratione materiae*, oltre che, ove esaminino questioni di competenza regionale o locale, dei Presidenti delle Regioni interessate o i Presidenti della Conferenza delle Regioni, dell'ANCI e dell'UPI.

³⁶ Il riferimento è al Consiglio dei ministri svoltosi il 7 dicembre 2020 (n. 83), in cui – in una seduta protrattasi dalle 12,50 alle 17,15 (ed interrottasi, a quell'ora, solo per procedere alla sanificazione della sala) – risulta essere stato “avviato l'esame del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e delle disposizioni volte ad assicurarne l'attuazione”. Per indiscrezioni su questo documento cfr. S. Feltri, *Ecco come funziona il governo parallelo di Conte sul Recovery Fund*, in *Domani*, 7 dicembre 2020. Sulla delicatezza di queste scelte insiste M. Messori, *Il piano italiano di ripresa e resilienza: Come utilizzare una straordinaria opportunità*, Luiss School of European Political Economy, Policy Brief n. 1/2021.

³⁷ Cfr. le dichiarazioni programmatiche rese dal Presidente del Consiglio Draghi al Senato il 17 febbraio 2021, ai sensi delle quali “La *governance* del Programma di ripresa e resilienza è incardinata nel Ministero dell'economia e delle finanze, con la strettissima collaborazione dei Ministeri competenti, che definiscono le politiche e i progetti di settore”.

³⁸ Sia a livello politico, sia a livello di struttura ministeriale: cfr. L. Bartolucci, *Ministro dell'economia, forma di governo e Unione europea*, in *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, a cura di A. Pérez Miras, G.T. Lozano, E.C. Raffiotta, M.P. Iadicco, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, vol. V, 2020, p. 165 s.

³⁹ Su cui cfr. P. Vella, *Art. 2. Comitato interministeriale per gli affari europei*, in *Commentario alla legge 24.12.2012, n. 234*, a cura di L. Costato, L.S. Rossi, P. Borghi, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, p. 23 s.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Una Cabina di regia “a geometria variabile o mobile”⁴⁰ che, dunque, include gli organi politici, a partire dal vertice del Governo, ma che può ben essere una sede di confronto anche sul piano tecnico, potendo parteciparvi altresì i rappresentanti dei soggetti attuatori e i rappresentanti del partenariato. La Cabina di regia è dotata di “poteri di indirizzo politico, impulso e *coordinamento generale* sull’attuazione degli interventi del PNRR”⁴¹ e gioca un ruolo chiave, in ottica però esclusivamente di proposta, nel caso di esercizio dei poteri sostitutivi, mediante i quali è consentito al Consiglio dei Ministri, previa diffida, subentrare a regioni e ad enti locali, ma anche a ministri, nel caso di mancata adozione di atti o di ritardo, inerzia o difformità nell’attuazione degli impegni previsti dal PNRR.

L’auspicio è che questo assetto della *governance* del PNRR, unito ad una contingenza politica, quella del Governo Draghi, per più versi eccezionale, che fa sì che si registri – come mai avvenuto in precedenza, in epoca repubblicana – un allineamento lungo il medesimo asse di Presidente del Consiglio, Sottosegretario di Stato alla Presidenza e Ministro dell’economia, consenta di ridurre, anche a regime, quegli atavici contrasti che si registrano in seno al Governo, specie tra Palazzo Chigi e Ministero dell’economia⁴². Contrasti che, evidentemente, hanno spesso contribuito a posticipare e rendere difficile ogni decisione, specie di carattere strategico, e hanno impedito che si realizzassero, al di là di fasi assai peculiari, come quella della seconda metà del 1992, efficaci opere di coordinamento, al di là di quello strettamente necessario all’impiego delle risorse finanziarie, tradizionalmente svolto dalla Ragioneria generale dello Stato.

Se si vuole, il PNRR, nel delineare quello che a pieno titolo può definirsi come un maxi procedimento euro-nazionale in grado di incidere in profondità sul circuito di determinazione dell’indirizzo politico⁴³, richiede un notevole rafforzamento delle capacità di

⁴⁰ Così G. Menegus, *La governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza: la politica alla prova dell’attuazione*, in corso di pubblicazione in *Quaderni costituzionali*, 2021, n. 4. Dal carattere di organo a geometria variabile e, come notato subito dopo nel testo, di organo a composizione politica e tecnica si desume che si tratta di un organo collegiale che non dovrebbe essere chiamato a votare, al suo interno. Degli esiti dei suoi lavori si fanno carico, sul piano politico, il Presidente del Consiglio dei Ministri (o, in sua vece, il Sottosegretario di Stato alla Presidenza) e, sul piano tecnico, la segreteria tecnica.

⁴¹ Artt. 1 e 2 del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021, n. 108. Il corsivo è evidentemente aggiunto.

⁴² Cfr., anche per riferimenti a vicende risalenti, L. Bartolucci, *I rapporti tra presidente del Consiglio e ministro dell’economia (1992-2018)*, in *Il presidente del Consiglio dei ministri dallo Stato liberale all’Unione europea*, a cura di L. Tedoldi, Biblion, Milano, 2019, p. 367 s., e, ad esempio, la testimonianza di G. Letta, *La Presidenza come centro della decisione di governo*, in *La Presidenza del Consiglio dei Ministri a trent’anni dalla legge n. 400 del 1988*, a cura di A. Razza, Dipartimento per l’informazione e l’editoria, Roma, 2020, p. 17 s.

⁴³ Sulla natura giuridica del PNRR si sta sviluppando un interessante dibattito dottrinale. Si vedano, tra gli altri, A. Sciortino, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all’indirizzo politico «normativo»?*, in www.federalismi.it, 2021, n. 18, p. 235 s., spec. 260 s., la quale sottolinea che il PNRR “rappresenta un ‘concentrato’ di indirizzo politico”, che finisce per “‘impegnare’ l’indirizzo politico anche di parlamento e governo futuri”; F. Salmoni, *Piano Marshall, Recovery Fund e il containment americano verso la Cina*, cit., p.77 s. per la quale si tratterebbe di una sorta di



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

coordinamento, sia politico, sia tecnico, a livello del Governo italiano. Finora, come si era osservato altrove, l'unica struttura tecnica che segue, essendo dotata di poteri incisivi, tutti i processi di produzione normativa era rappresentata dalla Ragioneria Generale dello Stato⁴⁴.

Non è un caso che oggi, nel momento in cui si tratta di porre in essere riforme e investimenti di notevole portata come quelli indicati dal PNRR si faccia affidamento appunto su quella struttura, debitamente potenziata, come snodo principale. Accompagnandone però l'operato con ulteriori sedi di coordinamento, collocate a servizio diretto del Presidente del Consiglio, allo scopo di consentirgli di svolgere più incisivamente, a livello politico come a livello tecnico, quella funzione di indirizzo e coordinamento che gli è espressamente attribuita dall'art. 95 Cost.⁴⁵, ma che finora è stata esercitata solo parzialmente e riduttivamente (soprattutto al fine di dirimere conflitti tra i diversi ministri). A ennesima conferma che è proprio l'interlocuzione con le istituzioni europee, come si è da tempo rilevato, a presupporre e, nel contempo, a determinare un rafforzamento del ruolo del Presidente del Consiglio dei Ministri⁴⁶.

8. Conclusioni

“commissariamento”, visto che il PNRR configurerebbe “una vera e propria intromissione nella struttura politica, istituzionale e sociale dei Paesi che hanno richiesto l'assistenza finanziaria del *Recovery*, che potrebbe portare a una sorta di omologazione strutturale degli Stati membri potendo arrivare persino a cambiarne significativamente forma di Stato e di governo”; M. Clarich, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *ASTRID-Rassegna*, 2021, n. 12, p. 11 s., per il quale “il Pnr rientra tra gli strumenti di pianificazione per obiettivi a valenza principalmente politica e con un grado di vincolatività diretta piuttosto limitata per i soggetti istituzionali coinvolti nella sua attuazione”; al contrario, secondo F. Cintioli, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in *lamagistratura.it*, 13 novembre 2021, il PNRR è stato “sostanzialmente legificato attraverso la *relatio* che è stata implicitamente ma incontestabilmente effettuata” dal decreto-legge n. 77 del 2021 e dalla sua legge di conversione, per cui il risultato cui l'Italia ha individuato “impegna non solo l'amministrazione chiamata ad eseguire il Piano, ma anche gli altri operatori giuridici, gli interpreti tutti, inclusa la giurisdizione ovviamente”.

⁴⁴ Cfr. N. Lupo, *I controlli finanziari nei procedimenti legislativi*, in *La dimensione globale della finanza e della contabilità pubblica*. Atti del Convegno annuale di Contabilità Pubblica. Pisa 6-7 dicembre 2018, a cura di A. Balestrino, M. Bernasconi, S. Campostrini, G. Colombini, M. Degni, P. Ferro, P.P. Italia, V. Manzetti, Editoriale scientifica, Napoli, 2020, p. 337 s. Indicazioni più specifiche in E. D'Alterio, *La bollinatura della Ragioneria Generale dello Stato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018; Ead., *Dietro le quinte di un potere. Pubblica amministrazione e governo dei mezzi finanziari*, Il mulino, Bologna, 2021, spec. p. 161 s.; e R. Perez, *Il controllo dei conti pubblici. Storia della Ragioneria Generale dello Stato*, Il mulino, Bologna, 2021, spec. p. 131 s.

⁴⁵ Sulle difficoltà di affermare le funzioni del Presidente del Consiglio sin dall'epoca statutaria cfr. A. Manzella, *Il presidente del governo*, in *www.rivistaaic.it*, 2021, n. 3, p. 24 s. Nel senso che “il PNRR può oggi costituire il banco di prova per dare alla Presidenza del Consiglio il ruolo che il legislatore costituente aveva disegnato” cfr. R. Chieppa, *Prefazione a I contratti pubblici e il processo amministrativo dopo il decreto semplificazioni-bis*, a cura di D. Bolognino, H. Bonura, A. Storto, La Tribuna, Piacenza, 2021, p. III s., spec. V.

⁴⁶ Cfr., tra i tanti, S. Fabbri, *Governare l'Italia: il rafforzamento dell'esecutivo tra pressioni e resistenze*, in *Il Filangieri. Quaderno 2010*, Jovene, Napoli, 2011, p. 33 s.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Come ormai si dovrebbe essere compreso, l'Unione europea, lungi dal sostituirsi ai suoi Stati membri, chiama questi a fornire nuove prestazioni, lanciando sfide inedite ai loro apparati istituzionali⁴⁷. Anzitutto nel senso di costruire meccanismi e procedure di coordinamento per far sì che ogni Stato membro identifichi, rappresenti, negozi e tuteli al meglio il proprio interesse nazionale. Senza adeguati meccanismi e apposite procedure di coordinamento, ognuna di queste operazioni diventa ardua, se non impossibile, e l'interesse nazionale non potrà essere né identificato, né rappresentato, né negoziato, né tutelato in ambito europeo; o lo sarà, inevitabilmente, in maniera assai parziale e dunque insoddisfacente, specie se paragonato agli altri Stati membri. Se l'Italia non si attrezza, e non lo fa subito, rischia di non essere in grado di approfittare di un'inversione di tendenza nelle linee di fondo della politica fiscale europea dettata dalla reazione alla pandemia Covid-19, ma probabilmente di portata epocale. E rischia altresì di determinare effetti negativi anche sulle future opzioni di politica fiscale che saranno adottate in sede europea⁴⁸.

Alcune direttrici di questo percorso sono state già tracciate, e da tempo, anche da norme di rango costituzionale (quali il già richiamato art. 11 l. cost. n. 3/2001 e l'art. 5, comma 4, l. cost. n. 1/2012, riguardo al controllo parlamentare sulla finanza pubblica): si tratta ora di darvi attuazione, in un contesto in cui la coesione nazionale va ricercata con convinzione e costruita con procedure adeguate. Nel disegnare queste procedure, un ruolo decisivo dovrebbero auspicabilmente giocare, da un lato, il legislatore, nella sua veste di legislatore di sistema già delineata dall'art. 5 Cost., e, dall'altro, i regolamenti di Camera e Senato che, all'indomani della riduzione dei parlamentari stabilita dalla legge costituzionale n. 1 del 2020, sono ora chiamati a un'opera di profondo rinnovamento.

Non è certo una novità che la politica, specie in Italia, fatichi a compiere scelte di carattere strategico. Né ci si può limitare a sostenere – oggi, così come nell'ormai lontano 1992 – che ciò dipenda esclusivamente dalla qualità della classe politica e parlamentare. È alle istituzioni italiane che spetta stare al passo con i tempi e porre in essere procedure nelle quali i politici, di maggioranza e di opposizione, siano esposti a incentivi e condizionamenti tali da assumere le decisioni migliori, nell'ambito delle compatibilità esistenti: agevolando così quel processo di recupero della fiducia nella legislazione, nelle istituzioni e nella politica che oggi appare quanto mai necessario.

⁴⁷ N. Lupo, *Il Governo tra Roma e Bruxelles*, in *Il Governo in Italia. Profili costituzionali e dinamiche politiche*, a cura di F. Musella, Il Mulino, Bologna, 2019, pp. 195-218.

⁴⁸ Lo mette in luce, tra gli altri, L. Bartolucci, *Le reazioni economico-finanziarie all'emergenza Covid-19 tra Roma, Bruxelles e Francoforte (e Karlsruhe)*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2021, n. 1, p. 154 s.



Il ruolo e la responsabilità delle piattaforme di E-commerce

di Laura Spano*

17 gennaio 2022

Sommario: 1. Le piattaforme digitali e la regolamentazione europea. – 1.1. Termini d'uso e condizioni di vendita nel processo di acquisto su Amazon. – 2. La responsabilità delle piattaforme di intermediazione. – 3. La responsabilità dell'hosting provider per gli illeciti online. – 4. La responsabilità delle piattaforme di intermediazione per gli illeciti offline. – 5. Verso una nuova disciplina della responsabilità: il Digital Services Act.

Abstract: La nascita delle piattaforme digitali, recentemente disciplinata dal Regolamento (UE) 2019/1150, ha determinato l'introduzione di nuovi modelli di business che rientrano nella unitaria definizione di e-commerce. Da tale assunto, il saggio fa una riflessione sul tema della regolamentazione delle piattaforme digitali, evidenziando come la previsione dei termini e condizioni sia di fondamentale importanza nella prevenzione di comportamenti sleali contro gli utenti che acquistano i beni o servizi offerti sulle piattaforme. A riguardo, particolare attenzione è dedicata alla responsabilità delle piattaforme di intermediazione e alla conseguente necessità di avviare una nuova fase di regolamentazione delle piattaforme digitali per una nuova disciplina della responsabilità.

The emergence of digital platforms, recently regulated by Regulation (EU) 2019/1150, has resulted in the introduction of new business models that fall under the unified definition of e-commerce. From this assumption, the essay reflects on the issue of regulation of digital platforms, highlighting how the provision of terms and conditions is of fundamental importance in the prevention of unfair behavior against users who purchase the goods or services offered on the platforms. In this regard, particular attention is paid to the liability of intermediary platforms and the consequent need to initiate a new phase of regulation of digital platforms for a new regulation of liability.

1. Le piattaforme digitali e la regolamentazione europea

La nascita delle piattaforme digitali ha determinato l'introduzione di nuovi modelli di business che convogliano nella definizione unitaria di e-commerce.⁴⁹ L'economia digitale

* Dottoressa in Giurisprudenza, Università del Salento.

⁴⁹ Una prima definizione di Commercio Elettronico si riscontra nella comunicazione della Commissione Europea COM (97) 157, in CGUE, n.C372, 09.12.1997, punto 5 cap.1, in cui si intende lo svolgimento di attività commerciali per via elettronica basato sull'elaborazione e trasmissione di dati (tra cui testi, suoni, immagini e video). Esso comprende attività disparate quali:



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

viene intesa come l'unione di «*imprese che fanno sempre più affidamento sulla Information Technology, sui dati e su internet per il proprio modello di business*». ⁵⁰ L'utente, accedendo al sito web, si ritrova in un "negoziato virtuale" libero dai limiti spaziali e temporali, in cui i beni o servizi acquistabili vengono offerti da professionisti, mentre la gestione degli stessi e delle modalità di vendita avviene sotto il controllo della piattaforma, la quale si definisce come un'interfaccia tecnologica, che crea un luogo di incontro virtuale tra professionisti e consumatori, facilitando l'incontro di domanda ed offerta. ⁵¹

Numerosi sono i servizi che le piattaforme offrono e ciò determina una distinzione di base tra le stesse: vi sono infatti piattaforme digitali di pubblicità, basti pensare ai motori di ricerca, ma anche ai social network; piattaforme di servizi, come ad esempio quelle che consentono le riproduzioni streaming di file multimediali, oppure che offrono servizi di software o di cloud; le piattaforme di e-commerce, che consentono l'incontro tra domanda ed offerta nel commercio di beni, offrendo servizi relativi al pagamento, logistica e consegna; ed infine, le piattaforme di sharing economy, la nuova economia del mondo digitale che riguarda essenzialmente la condivisione tra privati di beni o servizi, sempre mediante l'utilizzo della tecnologia digitale. ⁵²

Il fenomeno delle piattaforme digitali è stato recentemente disciplinato dal Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 Giugno 2019⁵³, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online.

La finalità perseguita dal legislatore europeo è quella di regolare il funzionamento del mercato interno stabilendo le norme dirette a garantire le relazioni che nascono tra gli utenti commerciali di servizi di intermediazione online e gli utenti titolari di siti *web* aziendali, affinché sia rispettata la trasparenza, equità e le possibilità di ricorso.

L'atto comunitario prende in considerazione soprattutto il fenomeno delle piattaforme

commercializzazione di merci e servizi per via elettronica, distribuzione online di contenuti digitali, effettuazione per via elettronica di operazioni quali trasferimenti di fondi, compravendita di azioni, emissioni di polizze di carico, vendite all'asta, progettazione ed ingegneria in cooperazione, *online sourcing*, vendita diretta al consumatore e servizi post-vendita.

Il Parlamento europeo e il Consiglio, poi, nella Direttiva 98/48/CE del 22 giugno 1998, hanno specificato che per Commercio Elettronico si intende l'esercizio di attività commerciali per via elettronica, dunque non soltanto *online*, che sono basate sull'elaborazione e sulla trasmissione dei dati in forma digitale. Tale definizione è stata poi arricchita dell'ulteriore precisazione secondo la quale: l'esercizio delle attività commerciali debba provenire da una richiesta individuale proveniente dal destinatario dei beni o servizi. Si vengono così ad instaurare delle relazioni economiche su scala globale, tanto da non poter definire un preciso mercato di riferimento da un punto di vista geografico.

⁵⁰ N. SRNICEK, *Capitalismo digitale. Google, Facebook, Amazon e la nuova economia del web*, Roma, Luiss University Press, p.11.

⁵¹ A. QUARTA, G. SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Firenze, Le Monnier Università, 2020, pp. 116,117.

⁵² *Ivi*, pp.118-121.

⁵³ Regolamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 20 Giugno 2019, che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione online, GUUE L186/57, 11.07.2019.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

di *e-commerce*, le quali consentono agli utenti commerciali di offrire beni o servizi ai consumatori, per facilitare le transazioni di scambio tra i soggetti e migliorare il benessere dei consumatori stessi, sfruttando i vantaggi del mercato interno e rendendo competitivi i prezzi.

Tra le principali misure introdotte dal Regolamento 2019/1150/UE vi sono quelle relative alla contrattazione dei termini e delle condizioni d'uso, i quali definiscono le condizioni di vendita, attraverso la formulazione dei diritti e obblighi degli utenti e del gestore del sito, le informazioni in tema di consegna o spedizione, di garanzia legale di conformità, di responsabilità, di privacy...

Secondo l'art. 3 del Regolamento Europeo tali termini e condizioni devono essere forniti in linguaggio semplice e comprensibile al consumatore, devono essere facilmente reperibili, ed inoltre, essendo predisposti unilateralmente dai fornitori di servizi di intermediazione *online*, ogni eventuale modifica deve essere comunicata su supporto durevole agli utenti commerciali, i quali, nel tempo del preavviso, possono anche risolvere il contratto.

La previsione dei termini e condizioni è importante poiché serve a prevenire comportamenti sleali contro gli utenti che acquistano i beni o servizi offerti sulle piattaforme.

1.1. Termini d'uso e condizioni di vendita nel processo di acquisto su Amazon

La piattaforma di *e-commerce* che più ha rivoluzionato la vendita e lo scambio di beni fisici tra gli utenti e i professionisti è sicuramente *Amazon*, questa, partendo dalla vendita di libri, ha creato un mercato virtuale sempre più esteso a qualsiasi tipo di prodotto.⁵⁴ La sua carta vincente è la creazione di un clima di fiducia nel mercato, mediante i sistemi di *feedback* e *rating*, le garanzie, la gestione di pagamenti sicuri e la predisposizione di strumenti alternativi di composizione delle controversie. È una piattaforma in continua evoluzione, in quanto intende allargare al massimo la clientela, per questo prevede diverse sezioni: "*Amazon business*" per chi vuole acquisire nuovi clienti aziendali, "*Amazon handmade*", rivolta agli artigiani che vogliono vendere i loro prodotti fatti a mano, "*Amazon accelerator*" che invece consente ai professionisti di lanciare i nuovi marchi esclusivi. Gli utenti commerciali, per poter vendere sulla piattaforma, devono acquistare degli abbonamenti, pagando un corrispettivo alla piattaforma.⁵⁵

Accedendo al sito internet di *Amazon* è possibile consultare le condizioni generali di

⁵⁴ Da un'analisi effettuata da Casaleggio e associati, si è stilata l'"*E-commerce Ranking*", cioè la classifica dei 100 siti di *e-commerce* più popolari in Italia, essa è basata su stime di dati reperibili *online*, non ha valore statistico ma è indicativa dei rapporti di forza esistenti tra i vari *player*, e prevede al primo posto l'azienda *Amazon*, non solo per le visite giornaliere di gran lunga superiori alle altre aziende, ma anche per la popolarità *online* e il numero di *follower*. È possibile consultare la classifica al sito: <https://www.casaleggio.it/e-commerce-ranking/>

⁵⁵ Per ulteriori informazioni sui servizi di *Amazon*: <https://services.amazon.it>.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

uso e di vendita.⁵⁶ Il sito consiglia all'utente di visionarle e dunque esserne a conoscenza già prima di utilizzare i servizi *Amazon*, ma al tempo stesso prevede che l'utilizzo degli stessi determina l'accettazione tacita delle condizioni. Inoltre, il consumatore-utente è anche soggetto ai termini, linee guida e alle condizioni generali applicabili al singolo servizio che intende utilizzare. Ovviamente i termini del servizio devono essere predisposti dal fornitore del servizio stesso, e in caso di conflitto di questi con le condizioni generali di *Amazon*, prevalgono i termini relativi al singolo servizio.

Le condizioni generali d'uso sono predisposte unilateralmente da *Amazon* e riguardano: le modalità con cui devono avvenire le comunicazioni elettroniche fornite al cliente online; la personalizzazione dell'offerta, suggerita al consumatore a seconda delle preferenze "catturate" mediante i *Cookie*⁵⁷; la registrazione dell'utente sul portale, necessaria per individuare le modalità di pagamento dei servizi, e per garantire la *privacy*, l'identità dell'*account* e la *password*; la responsabilità dei soggetti che gestiscono negozi o forniscono beni avvalendosi del servizio di intermediazione di *Amazon*.

Prima di procedere alla vendita, il portale dovrà dunque inoltrare all'utente tutte le informazioni che costituiscono le condizioni generali di vendita⁵⁸, le quali sono necessarie per definire l'accordo contrattuale.⁵⁹

I prodotti e servizi presenti sul sito sono in "vetrina", la loro presentazione è considerata un invito ad offrire. Il consumatore, una volta sul sito, può selezionare i prodotti a cui è interessato, valutando anche le varie offerte relative allo stesso, e quindi ritrovarli nel carrello virtuale, per procedere all'invio dell'ordine. Il sito proceduralizza questa fase prevedendo, poi, una nuova pagina che riassume i prodotti selezionati, i relativi prezzi e le opzioni di consegna. Il tasto virtuale "*Compra ora*" determina l'invio dell'ordine, il quale viene considerato come una proposta contrattuale di acquisto rivolta ad *Amazon*, che risponderà con la relativa ricezione dell'ordine, la quale però non rappresenta ancora l'accettazione, come la definirebbe il codice civile all'art. 1326, ma semplicemente è la

⁵⁶ https://www.amazon.it/gp/help/customer/display.html?nodeId=GLSBYFE9MGKKQXXM#GUID-2C898351-BB88-4F94-A6CF-495F6462FE30__SECTION-N_7A2647CAA99F4571933C97C7C410EC1E

⁵⁷ Il sistema dei "*Cookie*" consente l'acquisizione e il monitoraggio dei dati per l'attività compiuta sui siti online, sfruttando quindi le informazioni immesse nel *browser*, essi sono necessari per velocizzare la navigazione e la fruizione del *web*. Sul punto: A. MANTELETO, *Si rafforza la tutela dei dati personali: data breach notification e limiti alla profilazione mediante i cookies*, in "Diritto dell'informazione e dell'informatica", anno XXVIII, fasc. 4-5, 2012, p. 784.

⁵⁸ https://www.amazon.it/gp/help/customer/display.html?nodeId=GLSBYFE9MGK-KQXXM#GUID-2C898351-BB88-4F94-A6CF-495F6462FE30__SECTION_72D-DE84ECF58410F8F280ED9E9D51504

⁵⁹ I contratti telematici sono stati definiti dal N. IRTI, come "*scambi senza accordo*", in cui cioè l'utente decide di abdicare al dialogo, preferendo un'adesione silenziosa e passiva alle condizioni per lui già predisposte. Per questo motivo, il procedimento formativo del contratto virtuale rispecchia le caratteristiche dell'accordo semplificato. Sul punto: E. TOSI, *La dematerializzazione della contrattazione: il contratto virtuale con i consumatori alla luce della recente novella al codice del consumo cui al d.lgs. 21 Febbraio 2014, n.21*, in "Contratto e impresa", 6, 2014, p.1265.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

dimostrazione che l'ordine è stato trasmesso. Quindi, i dati verranno sottoposti a verifica e si controllerà la disponibilità dei prodotti scelti.

Il contratto, secondo le condizioni generali di vendita di *Amazon*, si conclude nel momento in cui il sito trasmette per *e-mail* l'accettazione della proposta d'acquisto e le relative modalità di consegna. L'addebito avviene solo quando gli articoli vengono spediti. E all'utente viene riconosciuta la possibilità di cancellare l'ordine solo prima di aver ricevuto la *Conferma Spedizione*. È comunque garantito il diritto di recesso all'ordine entro i 14 giorni dal giorno in cui si è ricevuto l'ordine, seguendo le istruzioni previste nella sezione "*Centro resi*".

2. La responsabilità delle piattaforme di intermediazione

Le piattaforme di intermediazione rappresentano un sistema ideale di conclusione del contratto telematico poiché il loro funzionamento è perfettamente in linea con le esigenze di speditezza, rapidità ed efficienza che il commercio elettronico richiede. Consentono una maggiore facilità nel raggiungimento dell'accordo tra le parti e un buon grado di consapevolezza e conoscenza dei termini e delle condizioni d'uso. Sono pertanto divenute molto importanti per lo sviluppo del *web* mediante la loro evoluzione da *provider* passivi a *provider* attivi, ed essenziali per affrontare la realtà pratica: i loro sistemi di *rating online* aiutano i consumatori ad affidarsi ai professionisti a distanza, i contratti conclusi attraverso i loro portali risultano essere sempre più semplificati e alla portata dell'utente medio, dunque partecipano ad ogni aspetto del processo economico. Pertanto, il regime di responsabilità civile delle stesse investe qualsiasi tipo di attività da loro compiuta, sia *online* che *offline*, in cui il commercio elettronico fa da padrone.

Ma la questione in merito alla loro responsabilità è tuttora controversa, poiché inizialmente il termine "piattaforma" veniva utilizzato per definire l'attività compiuta dagli intermediari digitali, allo scopo di apparire neutrali e operare con meno vincoli normativi.⁶⁰ Il *provider* veniva considerato un soggetto "ospitante" che forniva all'utente le chiavi d'accesso per lo spazio a lui concesso, per cui non era obbligato al controllo dell'attività dell'utente stesso.⁶¹ Nel nuovo millennio, in tema di Responsabilità civile, la Direttiva

⁶⁰ Nel report stilato da R. CAPLAN, *Content or context moderation? Artisanal, community- reliant, and industrial approaches*, in "Data&Society", 2018, <https://data-society.net/library/content-or-context-moderation/>, 14 Settembre 2018, p.9, si riconosce come lo scopo delle piattaforme sia proprio quello di "*appear neutral, evade regulatory classification, or avoid the normative or professional standards that may come with a given domain*".

⁶¹ G. CASSANO, G. SCORZA, G. VANCIAIGO, *Diritto dell'internet, manuale operativo*, Padova, Cedam, 2013, p. 470.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

2000/31/CE sul Commercio Elettronico⁶², che ha cercato di armonizzare le discipline previste dai diversi diritti positivi nazionali degli Stati membri, garantendo così una disciplina unitaria e favorevole nei confronti del *provider*, con riguardo agli illeciti commessi dai terzi fruitori dei propri servizi informatici.

Dato il carattere aterritoriale della rete e le difficoltà connesse alla destatalizzazione e dematerializzazione dei contratti virtuali, la Comunità Europea ha avvertito la necessità di prevedere delle forme di responsabilità degli stessi in relazione all'attività da loro compiuta. In ambito di commercio elettronico, la direttiva è considerata tra i più significativi interventi normativi del legislatore comunitario in relazione alla rete telematica. La Direttiva precisa i tipi di responsabilità nello svolgimento delle attività dei *provider*, presupponendo che la liceità di queste prestazioni sia collegata a quella dei prestatori di servizi e non a quella degli utenti.

La normativa comunitaria ha adottato un regime di responsabilità dell'ISP che si determina sull'imputazione della colpa,⁶³ rifiutando altri regimi di responsabilità aggravata o oggettiva. La responsabilità del fornitore di servizi, pertanto, si basa su un'ipotesi di responsabilità per colpa nel momento in cui diviene a conoscenza, e si verifica in caso di omessa rimozione del materiale illecito caricato dall'utente.⁶⁴ In tal modo, il legislatore comunitario ha cercato di rendere il regime di responsabilità meno severo rispetto a quello previsto dagli Stati Membri, facilitando così la creazione di un mercato unico digitale, in linea con gli obiettivi della Direttiva del Commercio Elettronico. Il regime introdotto da questa infatti è considerato speciale, poiché prevede la forma di responsabilità in negativo,⁶⁵ vale a dire individua le condizioni che devono verificarsi affinché un *provider* possa beneficiare di un esonero della responsabilità per fatto illecito, causato da informazioni e contenuti trasmessi o generati dai destinatari dei servizi della società dell'informazione.⁶⁶ L'esonero trova applicazione quando il *provider* svolge le attività di *access, di cache e di*

⁶² Direttiva 2000/31/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («Direttiva sul commercio elettronico»), in GUCE, L.178, 17.07.2000.

⁶³ G. PIAZZA, *La responsabilità civile dell'internet provider*, in "Contratto e impresa", 2004, n.1, pp.129 ss.

⁶⁴ A. PIERUCCI, *La responsabilità del provider per i contenuti illeciti in rete*, in "Rivista critica di diritto privato", 2003, pp.157 ss.

⁶⁵ M.L. MONTAGNANI, *Internet contenuti illeciti e responsabilità degli intermediari*, Milano, IGEA, 2018, p.49

⁶⁶ Nella relazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo - Prima relazione in merito all'applicazione della Direttiva 2000/31/CE, COM (2003) 702, def., al punto 4.6, che "le limitazioni della responsabilità giuridica stabilite dalla Direttiva si estrinsecano in modo orizzontale, il che significa che esse vertono sulla responsabilità tanto civile quanto penale per tutti i tipi di attività illegale intrapresa da terzi", sempre al punto 4.6 si dà atto che "i limiti imposti alla responsabilità degli intermediari, dalla Direttiva, sono stati ritenuti indispensabili a garantire che i servizi di base potessero venire forniti secondo modalità idonee, a salvaguardare la continuità nella libera circolazione delle informazioni in rete oltreché alla realizzazione di un assetto favorevole allo sviluppo di internet e del commercio elettronico."



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

host, previste agli artt. 13, 14 e 15 della Direttiva sul Commercio Elettronico.

L'esclusione della responsabilità del *provider*, in tali attività, opera però solo quando il *provider* agisce in modo tecnico, automatico e passivo.⁶⁷ Cioè, nel caso in cui garantisca l'accesso e la trasmissione delle informazioni, svolga un'attività di memorizzazione temporanea, oppure nel caso in cui svolga una memorizzazione permanente o *hosting*. In tutte queste circostanze non si può individuare una forma di responsabilità dei *provider* poiché esso non conosce e non controlla le informazioni, ma si limita a fornire un servizio specialistico.⁶⁸

È pur vero che le regole descritte a favore dei *provider* erano state concepite per promuovere lo sviluppo della rete, anticipando l'avvento del mercato digitale. Ma, nel corso degli anni, le piattaforme si sono sviluppate in modo esponenziale, tale per cui la loro attività non può essere considerata meramente tecnica e automatica, in senso passivo, poiché esse sono divenute così importanti nella vita quotidiana di *internet*, tanto da essere considerate come il "principale punto di accesso ad informazioni e altri contenuti su internet per la gran parte degli utenti".⁶⁹

In tal senso risulta difficile considerare il *provider* come un soggetto passivo, poiché egli interviene in modo attivo sui contenuti ospitati e trasmessi, manipolandoli, modificandoli o alterandoli.⁷⁰ Si fa riferimento alle attività di filtro, selezione, indicizzazione, organizzazione, catalogazione, aggregazione, valutazione, uso, modifica, estrazione o promozione dei contenuti, nonché allo sfruttamento economico del materiale caricato attraverso meccanismi di pubblicizzazione.⁷¹ Per tali attività, dunque, il prestatore è responsabile civilmente perché il suo ruolo è attivo nella gestione delle informazioni. Ciò comporta, quindi, che egli venuto a conoscenza dell'illecito, risponde di responsabilità colposa, qualora non intervenga alla rimozione nei modi stabiliti dalla norma.⁷²

La categoria di *internet service provider* che maggiormente fornisce le attività di hosting ai suoi utenti è quella dei "Commercial service provider", i quali sono delle piattaforme digitali che, oltre all'attività di accesso ad Internet e manipolazione dei dati degli utenti, creano nuovi mercati affiancandosi a quelli dell'economia reale.⁷³

I beni o servizi che vengono offerti sulle piattaforme di *e-commerce* sono equivalenti a

⁶⁷ Si legge in tal senso al Cons. 42 della direttiva 2000/31/CE, in cui si stabilisce inoltre che tali attività sono necessarie "solo per rendere più efficiente la trasmissione ai terzi".

⁶⁸ Sul punto cfr. E. TOSI, *Obblighi di filtraggio ex post di contenuti digitali illeciti equivalenti e responsabilità civile degli hosting provider*, in "Il dir. ind.", 3, 2020, pp. 287-294.

⁶⁹ Secondo la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale europeo e al Comitato delle Regioni, "Lotta ai contenuti illeciti online. Verso una maggiore responsabilizzazione delle piattaforme online", COM (2017) 555 final, Bruxelles, 28 settembre 2017.

⁷⁰ M.L. MONTAGNANI, op cit, pp.95, 96.

⁷¹ R. COSIO, *La responsabilità del prestatore di servizi di hosting*, in "Jus Civile", Vol.4, 2020, p.893

⁷² Ivi, p.895.

⁷³ Cfr. WIEWIOROWSKA- A.DOMAGALSKA, F. ZOLL, The rise of the platform economy, in "Journal of European consumer and market law (EUCML)", issue vol. 1, 2016, pp. 3-9.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

quelli venduti negli esercizi commerciali fisici. Accanto a queste tipologie di beni, si individuano i servizi accessori forniti dalla piattaforma, quali ad esempio i servizi di pagamento elettronico sicuro, i servizi di *rating* e reputazionali e le garanzie ulteriori. L'attività di intermediazione dei servizi, sfruttando il tracciamento dei dati, consente di mettere a disposizione degli utenti tali beni. L'attività di gestione dei dati compiuta dalla piattaforma, in alcuni casi, non si può considerare consapevole da parte della stessa, pertanto, molto spesso accade che esse non abbiano piena conoscenza delle informazioni trasmesse e memorizzate, e che forniscano la ricerca solo sulla base di abbinamenti più compatibili con i dati pregressi. È evidente come in tal caso si potrebbe escludere la responsabilità delle piattaforme per i contenuti caricati dagli utenti, poiché manca un controllo effettivo sugli stessi.⁷⁴

Qualora, invece, il *provider* rielabora o partecipa alla redazione del contenuto intermediato, attua delle operazioni volte a migliorare la funzionalità della piattaforma sulla base dell'analisi dei dati, attraverso l'indicizzazione dei prodotti offerti, ricevendo un compenso economico per l'attività di intermediazione, allora, non può considerarsi come un soggetto neutro nello scambio commerciale, poiché il suo contributo in termini causali lo rende un *provider* attivo e soggetto a responsabilità oggettiva.⁷⁵ Sussiste, in capo allo stesso, l'obbligo di rimuovere le informazioni illecite, o l'obbligo di bloccare l'accesso quando ne viene a conoscenza.

3. La responsabilità dell'hosting provider per gli illeciti online

Lo sviluppo del commercio elettronico ha favorito il propagarsi di ulteriori forme di illeciti *online*, quali ad esempio le truffe e le vendite di prodotti contraffatti, causate dalle modalità di conclusione dei contratti a distanza, che mettono a rischio il diritto di proprietà intellettuale e tutela del marchio.⁷⁶ Le piattaforme sono chiamate a svolgere non solo servizi di intermediazione nella vendita, ma anche e soprattutto forme di controllo sui venditori e sui beni degli stessi, a tutela dei consumatori-utenti.

Un caso che mette in risalto il ruolo attivo dell'*hosting provider* a tutela del marchio è quello dell'azienda *L'Oreal vs. eBay*, in cui la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha sancito la responsabilità della piattaforma per le violazioni compiute da alcuni suoi utenti.⁷⁷ Le attività compiute dal *commercial provider* dimostrano come questo agisca nell'ambito di *hosting* attivo, ma non basta rilevarlo per dimostrare la responsabilità dello stesso, perché è

⁷⁴ L. ALBERTINI, op. cit, p. 68.

⁷⁵ Ivi, p. 87,88.

⁷⁶ M. MARTORANA, *E-commerce: la responsabilità del provider*, in "Altalex", 2021, sul sito: <https://www.altalex.com/documents/news/2021/02/26/e-commerce-responsabilita-provider>, 26/02/2021.

⁷⁷ Corte di Giustizia Unione Europea, 12 Luglio 2011, C- 324/09, *L'Oreal SA vs. Ebay*, ECLI:EU:C:2011:474, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&num=C-324/09>.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

necessario un controllo caso per caso.⁷⁸

La piattaforma *eBay* sponsorizzava prodotti dal marchio *L'Oreal*, indicizzando gli stessi attraverso parole chiave sui motori di ricerca, ma rinviando poi l'acquisto a siti differenti rispetto a quelli del produttore, oppure prevedeva la vendita di prodotti gratuiti, tipo *tester*, che non potevano secondo le regole di *L'Oreal* essere immessi nel mercato. Nel promuovere tali offerte, *eBay* quindi non aveva occupato una posizione neutra tra il cliente-venditore ed i potenziali acquirenti, ma aveva svolto un ruolo attivo volto a conferirgli una conoscenza o un controllo dei dati relativi all'offerta.⁷⁹ Inoltre, l'attività della piattaforma non veniva svolta gratuitamente, ma era prevista una percentuale per ogni vendita effettuata.

La Corte di Giustizia, prima di dichiarare che l'attività di *eBay* non fosse esente da responsabilità, ha accertato che il processo compiuto nell'ottica della vendita, non fosse stato meramente tecnico, automatico e passivo. È giunta alla conclusione che, in tale causa che prevede un risarcimento del danno, il *provider* non può avvalersi della deroga della responsabilità, perché ha effettuato la promozione, indicizzazione e vendita di beni non corrispondenti al brand *L'Oreal*, inoltre era al corrente dell'informazione illecita e non ha prontamente agito secondo quanto previsto dall'art. 14, della Direttiva 2000/31/CE.

La CGUE ha stabilito che i giudici di ogni paese membro dell'UE possono obbligare il gestore di un mercato in internet ad adottare provvedimenti che possono contribuire "*non solo a far cessare le violazioni di tali diritti ad opera degli utenti del mercato, ma anche a prevenire nuove violazioni della stessa natura*".⁸⁰

Un caso più recente ha coinvolto l'attuale colosso del commercio *online*, *Amazon*.⁸¹ La società *Coty*, che distribuisce i prodotti a marchio "*Davidoff*", accusava il *Marketplace* di *Amazon*, per la commercializzazione di prodotti senza il suo consenso. L'azienda *Coty* aveva rilevato come all'interno del gruppo *Amazon*, ci fossero due società distinte che fornivano servizi diversi, tra cui un servizio di stoccaggio di prodotti illegittimi ai contraffattori. Inoltre, tali società, "*nella comunicazione ai fini della vendita e al momento dell'esecuzione del contratto di vendita si sostituiscono interamente al venditore*".⁸² Pertanto, tutta la questione ruota intorno al ruolo di *Amazon*. La piattaforma, infatti, fornisce un motore di ricerca unico e ospita due canali di vendita diversi: *Amazon Retail*, attraverso il quale si concludono contratti direttamente con la società per i beni immessi dalla stessa sul portale di vendita, e *Amazon Marketplace*, in cui la società espone i prodotti di venditori terzi. In quest'ultimo caso, il ruolo di *Amazon* è di semplice intermediazione nella vendita, ottenendone una percentuale.

I giudici di merito tedeschi in prima e seconda istanza hanno rigettato la richiesta di

⁷⁸ A. QUARTA, G. SMORTO, op.cit., p.287.

⁷⁹ Ivi, p.288.

⁸⁰ Sentenza C-324/09, punto n. 7 del dispositivo.

⁸¹ Corte di Giustizia Unione Europea, 2 Aprile 2020, C-567/18, *Coty Germany GmbH vs Amazon Services Europe Sàrl, Amazon Europe Core Sàrl, Amazon FC Graben GmbH, Amazon EU Sàrl*, ECLI:UE:C:2020:267, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-567/18>.

⁸² V. 20 della sentenza C- 567/18.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Coty, relativamente al fatto che la piattaforma di *Marketplace*, svolga un ruolo di mero depositario del bene oggetto di trattativa, la quale è svolta tra il venditore e l'acquirente. Al contrario la società *Coty* riconosce come nell'ambito dell'attività compiuta da *Amazon*, si svolgano diversi servizi: già a partire dalla pubblicizzazione dei beni, attraverso le comunicazioni commerciali ai consumatori; sulla piattaforma si conclude il contratto; la piattaforma indicizza i beni offerti dal venditore, su altri motori di ricerca. Pertanto, il *Commercial provider* si deve considerare utilizzatore del marchio contraffatto, ai sensi dell'art 9, del Regolamento 2017/1001/UE⁸³, ed è dunque direttamente responsabile per le violazioni compiute.⁸⁴

La Corte federale di Giustizia tedesca ha sottoposto la questione alla CGUE, ritenendo la piattaforma di *Amazon Marketplace* responsabile per il solo magazzinaggio dei prodotti contraffatti, riconoscendo che l'operazione di vendita o l'immissione nel mercato elettronico fossero compiute dal venditore.

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea è giunta dunque alla conclusione che nel concetto di "utilizzo" del marchio non rientra *Amazon Marketplace*, poiché questa fornisce solo il servizio di magazzinaggio, e non è consapevole dei beni oggetto di violazione. Infatti la contraffazione del marchio, riguarda il rapporto contrattuale tra clienti e venditore, di cui la piattaforma di commercio *online* non ha consapevolezza. L'intermediario *online*, in tal caso, offre un servizio meramente tecnico nel processo di vendita, pertanto non può essere considerato utilizzatore di un marchio non originale. Il servizio di semplice deposito da parte di *Amazon Marketplace* dei prodotti che violano il *brand* libera la piattaforma dalla responsabilità, se ovviamente *Amazon* non era a conoscenza della violazione. Nel caso in cui, i prodotti fossero stati immessi nel mercato digitale da parte di *Amazon* sulla sezione *Retail*, allora in tal caso, non vi sarebbe stato alcun dubbio sulla sua responsabilità nella vendita di prodotti contraffatti.

In questo contesto, la CGUE ha ritenuto che l'*host* secondo l'art.14 della Direttiva 2000/31/CE, non era effettivamente al corrente del fatto che l'attività fosse illecita, visto che era limitata al mero stoccaggio, quindi non può essere accusato di utilizzo illecito del marchio e di violazione dei diritti dello stesso.⁸⁵

Solo considerando tutti i rami dei servizi offerti dalla grande società *Amazon* si

⁸³ Regolamento (UE) 2017/1001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 giugno 2017, sul Marchio dell'Unione europea, su GU Unione Europea L. 154/1, 16.06.2017.

⁸⁴ G. STASIO, *Quando Amazon è responsabile per le violazioni dei marchi sul Marketplace*, in "Legalmondo", 2020, sul sito: <https://www.legalmondo.com/it/2020/04/amazon-responsabilita-violazioni-marchi-marketplace/#:~:text=La%20questione%20C3%A8%20stata%20analizzata,propriet%C3%A0%20intellettuale%20non%20sono%20responsabili>, 7 Aprile 2020.

⁸⁵ A. LA ROSA, *Corte di Giustizia Unione Europea, del 2 Aprile 2020: la causa C-567/18 e i profili di responsabilità di Amazon sulla base della direttiva E-Commerce (2000/31/CE)*, in "Diritto di Internet, digital Copyright e data protection", 2020, sul sito: <https://dirittodiinternet.it/corte-giustizia-ue-del-2-aprile-2020-la-causa-c-56718-profilo-responsabilita-amazon-sulla-base-della-direttiva-commerce-200031-ce/>, 20 Aprile 2020.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

possono individuare dei profili di responsabilità, comprendendo infatti come funziona la piattaforma, con le relative sezioni di vendita, è difficile ipotizzare la mancata conoscenza da parte della stessa circa i beni contraffatti, poiché nell'ambito di intermediazione complessiva svolge un ruolo decisamente attivo tra il venditore e i consumatori. Spetterà al giudice nazionale decidere sulla natura dei rapporti interni tra le società del gruppo *Amazon*.

Dall'analisi di questi casi, si comprende come i *provider* siano in continua evoluzione e pongano delle questioni differenti, in relazione alle peculiarità dei loro sistemi sempre più specializzati. Ogni circostanza deve essere valutata e analizzata in un'ottica non formalistica, ma sostanzialistica.⁸⁶ L'attività delle piattaforme digitali, nel mondo del commercio elettronico, dunque, deve essere considerata nella sua dimensione complessiva, per apprendere la sua potenzialità in termini di intervento a tutela dell'affidabilità degli standard di sicurezza non solo per i diritti delle aziende produttrici, ma anche e soprattutto per la tutela dei consumatori *online*.

I *provider* devono giungere, anche attraverso soluzioni tecnologiche, a conseguire la salvaguardia di tutti gli interessi coinvolti: privilegiando lo sviluppo dell'*e-commerce*, accanto alla tutela dei diritti delle imprese e dei consumatori.

4. La responsabilità delle piattaforme di intermediazione per gli illeciti offline

Il regime di responsabilità analizzato nei paragrafi precedenti attiene ai fatti illeciti che riguardano le attività delle piattaforme compiute *online*, qualora, in ambito commerciale si verificano delle violazioni di diritti della proprietà intellettuale o diritti della personalità. Dunque, resta da chiedersi se la piattaforma si possa ritenere responsabile anche per i fatti illeciti che accadono *offline*: qualora, ad esempio, essa sia intermediaria nella vendita del servizio sottostante o nel caso di vendita di prodotti difettosi.

La Commissione europea nella Comunicazione COM (2016) 356 *final* ha definito delle caratteristiche che la piattaforma deve avere per essere considerata fornitrice del servizio sottostante/principale. In particolare, ha stabilito che qualora essa determini il prezzo del servizio o del prodotto, individui il luogo e il tempo della prestazione, scelga la controparte negoziale, interagisca con l'utente fornitore del servizio e con l'utente destinatario del medesimo nell'offerta del servizio, essa dovrebbe essere considerata la controparte negoziale dell'utente destinatario al bene o al servizio principale.⁸⁷

Tali principi individuati dalla Commissione Europea sono stati applicati dalla

⁸⁶ M. MARTORANA, articolo sopra citato.

⁸⁷ Nella COM (2016) 356 *final* si legge infatti che "Qualora siano soddisfatti tutti e tre i criteri, vi sono forti indizi che la piattaforma di collaborazione esercita un'influenza o un controllo significativo sul prestatore del servizio sottostante, il che può a sua volta indicare che la piattaforma dovrebbe essere ritenuta anche fornitrice del servizio sottostante (in aggiunta al servizio della società dell'informazione)".



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

giurisprudenza europea nel caso della piattaforma *Uber*.⁸⁸ Il servizio offerto da questa rientra a pieno titolo nella definizione di "*Sharing economy*",⁸⁹ poiché la tecnologia digitale viene sfruttata per offrire un *business* che si basa sulla condivisione.

La sentenza ha ritenuto che *Uber* offre un insieme di servizi che rispettano gli elementi essenziali del contratto di trasporto: definendo il prezzo/costo del servizio, stabilendo le condizioni di erogazione del servizio, ed escludendo determinati utenti oppure scegliendo la controparte negoziale. Il servizio della piattaforma non si limita alla mera intermediazione tra i soggetti coinvolti nel trasporto, ma il rapporto contrattuale sottoscritto sul sito *web* di *Uber*, è da considerarsi di tipo *Business to Consumer*. Essendo dunque parte attiva nel processo di vendita della *sharing economy*, ne deriva che la piattaforma non si può considerare come un *provider* passivo, ma deve tutelare il consumatore-utente, divenendo responsabile per l'attività compiuta dagli operatori del servizio offerto.⁹⁰

In modo particolare, deve informare il consumatore del suo diritto di recesso, ai sensi dell'art. 52 e ss del codice del consumo, e deve fornirgli tutte le indicazioni previste nei termini e condizioni d'uso del servizio.⁹¹ Nell'ambito di tale attività, la piattaforma è stata considerata contrattualmente responsabile, pertanto il consumatore può agire nei suoi confronti chiedendo la restituzione della somma pagata per il servizio e il risarcimento del danno.⁹²

Nell'analisi condotta sulla responsabilità delle piattaforme, in merito al commercio elettronico, bisogna considerare un'altra situazione particolare. Data la loro presenza significativa nella catena di distribuzione dei prodotti, occorre rilevare se le piattaforme possano essere equiparate ad un distributore e, quindi, se siano responsabili civilmente anche per i prodotti difettosi da esse vendute.

Il prodotto difettoso è un bene che "*non offre la sicurezza che ci si può legittimamente attendere tenuto conto di tutte le circostanze*"⁹³, e presenta: un'errata progettazione, un'errata fabbricazione, un'errata confezione del prodotto, ma anche omissioni o errori nell'informazione delle caratteristiche dello stesso.

Il codice del consumo all'art.114 quindi stabilisce che la responsabilità per i danni prodotti dai beni difettosi deve essere prevista in capo al produttore, il quale è considerato il

⁸⁸ Corte di Giustizia Unione Europea, 20 dicembre 2017, C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi vs Uber System Spain SL, <https://curia.europa.eu/juris/document-ts.jsf?language=EN&critereEcli=ECLI:EU:C:2017:981>.

⁸⁹ E. CITTERIO, *Cos'è veramente la «sharing economy» e come cambierà*, in avvenire.it, 2016, <https://www.avvenire.it/opinioni/pagine/economia-della-condivisione-il-futuro-sempre-più-sociale>, 8 novembre 2016.

⁹⁰ Sul punto si vede l'analisi sul tema di: G. SMORTO, *Caso Uber, l'impatto su tutta la sharing economy*, in "Il sole 24 ore Tecnologia", 2017, "<http://www.ilsole24ore.com/art/tecnologie/2017-05-15/caso-uber-l-impatto--tutta-sharing-economy-101832.shtml>", 15 Maggio 2017.

⁹¹ Cfr. A. QUARTA, *Il diritto dei consumatori ai tempi della peer economy. Prestatori di servizi e prosumer: primi spunti*, in "Europa e Diritto Privato", fasc. 2, 1° giugno 2017, p. 667.

⁹² A. QUARTA, G. SMORTO, *op.cit.*, p. 211.

⁹³ La definizione di prodotto difettoso si riscontra all'art.117, del d.lgs. 206/2005, codice del consumo



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

fabbricante del prodotto stesso, egli è individuabile in quanto appone il proprio nome, il proprio marchio o un altro segno distintivo sul bene. In tal senso la norma individua una forma di responsabilità senza colpa, poiché dal lato soggettivo è ricollegata alla figura del produttore, e dal lato oggettivo è imputabile per i soli danni derivanti dai difetti dei prodotti.⁹⁴

All'interno del processo di vendita di beni difettosi, però, il produttore non è l'unico soggetto responsabile. Già la direttiva 85/374/CEE⁹⁵ aveva previsto in un considerando la necessità di dichiarare responsabili tutti i partecipanti al processo produttivo del bene difettoso, perciò non solo il produttore, ma anche l'importatore e il distributore. Tale disciplina è stata attuata in Italia, con il D.P.R. 224/1988⁹⁶, ed è confluita nel d.lgs. 206/2005, il Codice del Consumo. Anche quest'ultimo, nelle definizioni dell'art. 103, alla lettera d), individua il produttore come: il fabbricante del bene, il rappresentante del fabbricante, l'importatore del prodotto, gli altri operatori professionali della catena di commercializzazione.⁹⁷ Quindi, è ampio il catalogo dei soggetti su cui vige un obbligo di sicurezza dei prodotti.⁹⁸ Tutto ciò, ovviamente, va a garantire una migliore ripartizione della responsabilità, poiché coinvolge ogni aspetto della catena distributiva, e una migliore tutela del consumatore danneggiato.⁹⁹ Questo, comprovando il danno e il nesso eziologico, avrà diritto al ripristino, senza spese, della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione, o ad una riduzione adeguata del prezzo del bene, oppure alla risoluzione del contratto, ai sensi dell'art.130 del codice del consumo.¹⁰⁰

Le piattaforme digitali rientrano a pieno titolo nella catena di distribuzione del prodotto, poiché svolgono la funzione di intermediari nella vendita, ma anche di distributori. Quindi è opportuno che le stesse rispondano di responsabilità oggettiva, secondo l'analisi condotta.

Se nella giurisprudenza europea non è stato possibile individuare ancora dei precedenti, la giurisprudenza americana ha compiuto un passo avanti riguardo l'imputazione della responsabilità delle piattaforme digitali per la vendita di beni difettosi. In tale ambito, il 13 agosto 2020, la *California Fourth District Court* ha ritenuto *Amazon* responsabile per i

⁹⁴ G.ALPA, A. CATRICALA', *Diritto dei Consumatori*, Bologna, il Mulino, 2016, p. 427.

⁹⁵ Direttiva 85/374/CEE del Consiglio del 25 Luglio 1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, Gazzetta ufficiale n. L210, del 07/08/1985, p.0029-0033.

⁹⁶ Decreto del Presidente della Repubblica, del 24 maggio 1988, n.224, in attuazione della direttiva CEE n. 85/374, GU Serie Generale n.146 del 23-06-1988, Suppl. Ordinario n. 56.

⁹⁷ M. DONA, *Il codice del consumo*, Torino, Giappichelli, 2005, p.151.

⁹⁸ COMINOTTO, GALIA, Prodotto difettoso, chi è il responsabile? in "Diritto24, il Sole 24 ore", 2016, "<http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/dirittoCivile/2016-12-05/prodotto-difettoso-chi-e-responsabile>", 12 Maggio 2016.

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ G. ALPA, A. CATRICALA', *op. cit.*, p.474.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

prodotti difettosi, immessi nel mercato dalla stessa.¹⁰¹ La controversia sottoposta alla Corte riguardava il fatto di un consumatore-utente che aveva acquistato dalla piattaforma una batteria per pc, la quale dopo pochi giorni è esplosa, provando delle gravi ustioni all'acquirente. Nel giudizio di primo grado, del gennaio 2017, la parte danneggiata aveva citato in giudizio non solo *Amazon*, ma anche il produttore della componente elettronica per ottenere il risarcimento del danno. Il tribunale di San Diego rigettò la richiesta di risarcimento in carico alla piattaforma, definendola mera intermediaria nel rapporto contrattuale. Successivamente, nell'agosto 2020, l'utente ha presentato appello alla *California Fourth District Court*, la quale ha condannato *Amazon* al risarcimento del danno, secondo quanto veniva richiesto dall'utente stesso, dimostrando quindi la non "neutralità" della piattaforma.¹⁰² Nell'ambito della gestione di vendita *Amazon* non può considerarsi non soggetto a responsabilità, perché è parte attiva del processo, assumendo oneri e onori.¹⁰³

La decisione della Corte è stata considerata rivoluzionaria, perché si è superato il concetto di responsabilità oggettiva per danno da prodotto difettoso legata solo al produttore o al venditore, riconoscendo quindi il dovere della piattaforma al risarcimento dei danni. La decisione californiana potrebbe condizionare anche giurisdizioni diverse da quella statunitense, perché per la prima volta si è minato alla posizione privilegiata di *Amazon*. La svolta storica risiede nel fatto che il *provider* è ritenuto responsabile nei confronti degli utenti in quanto costituisce una parte attiva nel processo di vendita di un prodotto all'utente.

Se il caso americano può apparire attrattivo nel panorama giuridico europeo e sembrerebbe richiamare i principi già presenti nell'ordinamento riguardo la tutela del consumatore, al tempo stesso, occorre chiarire che il sistema statunitense, al contrario di quello di *civil law*, consente ai giudici maggiore libertà in tema di interpretazione delle norme.¹⁰⁴ Deve essere compito dei legislatori, europei ed italiani, di adeguarsi *in primis* allo sviluppo tecnologico delle piattaforme, definire poi le norme necessarie alla tutela del consumatore, ed infine tutelare la concorrenza tra gli operatori.

5. Verso una nuova disciplina della responsabilità: il Digital Services Act

¹⁰¹ Corth of Appeal, Fourth appellate District, division one, State of California, 13 Agosto 2020, Angela Bolger vs. amazon.com, D075738 (Super. Ct. no. 37-2017-00003009-CU-PL-CTL), <https://www.courthousenews.com/wp-content/uploads/2020/08/D075738.pdf>.

¹⁰² Sul punto: A. CASCHILI, A. POLIMENI, *Amazon responsabile per danni causati dai prodotti: perché la sentenza californiana è innovativa*, in "Agenda digitale", sul sito: <https://www.agendadigitale.eu/mercati-digitali/amazon-responsabile-per-danni-causati-dai-prodotti-perche-la-sentenza-californiana-e-innovativa/>, 24 Agosto 2020.

¹⁰³ A. GALIMBERTI, A.MONTI, *E-commerce, Amazon risponde per i danni causati dai prodotti venduti*, in "Il Sole 24 ore", sul sito: <https://www.ilsole24ore.com/art/e-commerce-amazon-risponde-i-danni-causati-prodotti-venduti-ADIR4Bj>, 21 Agosto 2020.

¹⁰⁴ G. BERTELLI, M.CORSI, *Amazon è responsabile per i danni causati dalla merce venduta in California*, in "Ius in Itinere", sul sito: <https://www.iusinitinere.it/corte-del-la-california-amazon-e-responsabile-per-i-danni-causati-dalla-merce-venduta-30281>, 31 Agosto 2020.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

La necessità di avviare una nuova fase di regolamentazione delle piattaforme digitali, migliorando la sicurezza dei consumatori, è stata avvertita nell'ordinamento europeo, tanto da indurre gli organi legislativi a definire una proposta di regolamento, rivolta non solo al Mercato Unico e alla circolazione dei servizi, ma anche alla tutela dei diritti fondamentali e della democrazia nella società dell'informazione.

Appare, dunque, opportuno un rinnovamento della Direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, data l'evoluzione del settore, l'aumento degli attori in esso coinvolti e la necessità di garantire la sicurezza e competitività all'interno del mercato digitale.

In tal senso, si è mossa anche la Commissione Europea, la cui presidente Ursula Von der Leyen ha previsto un percorso di sviluppo della digitalizzazione in Europa attraverso delle linee guida da seguire per giungere agli obiettivi previsti entro il 2024.¹⁰⁵ I documenti analizzati dalla Commissione europea sono: il Libro Bianco per l'intelligenza artificiale, un quadro per la governance dei dati, un piano d'azione per i media, la revisione delle norme sulla concorrenza e il *Digital Services Act*. Quest'ultimo rappresenta la proposta di Regolamento¹⁰⁶, del Parlamento Europeo e del Consiglio, volta alla modifica della direttiva *E-commerce*, poiché interverrà sui servizi digitali e sulle piattaforme online. Gli obiettivi prefissati sono quelli di *"contribuire al corretto funzionamento del mercato interno dei servizi intermediari e stabilire norme uniformi per un ambiente online, sicuro, prevedibile ed affidabile, in cui i diritti fondamentali sanciti dalla Carta siano tutelati in modo effettivo."*¹⁰⁷

Il regolamento dovrebbe ampliare la responsabilità dei prestatori dei servizi intermediari, le norme relative agli obblighi di quest'ultimi e le norme relative all'esecuzione del Regolamento stesso. La proposta è prevista per migliorare un quadro normativo già presente: partire dalla Direttiva n. 31 del 2000 sul Commercio Elettronico, apportando le modifiche che le trasformazioni tecnologiche richiedono, e stabilire una gestione online che renda la disciplina armonizzata in tutti gli Stati Membri.

I punti essenziali si possono sintetizzare in tal modo: - migliorare i contatti con le autorità degli Stati dell'Unione, eleggendo un legale rappresentante, persona fisica o giuridica, che dovrà comunicare immediatamente l'illecito compiuto dalla o sulla piattaforma (art.10); -accrescere la protezione dei consumatori e ridisegnare delle regole commerciali comuni, le quali devono essere rese note a quest'ultimi nei termini e condizioni d'uso dei contratti posti unilateralmente dalle piattaforme (art. 12); - implementare i servizi di *"notice and take down"*, i quali consentono di rendere nota l'attività illecita e facilitare la

¹⁰⁵ Comunicazione della Commissione Europea, COM (2020) 825 final, 2020/0361 (COD), Shaping Europe's digital future, sul sito: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf.

¹⁰⁶ Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativo ad un Mercato Unico dei servizi digitali (legge sui servizi digitali) e che modifica la direttiva 2000/31/CE, Bruxelles, 15 dicembre 2020.

¹⁰⁷ Secondo quanto previsto dall'art. 1, capo I, in merito all'oggetto e all'ambito di applicazione.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

rimozione dei contenuti illegali da parte dei *provider*, dopo esserne venuti a conoscenza (art.14); - prevedere degli obblighi per le “*very large online platform*” (art. 26). Riguardo queste piattaforme si stabilisce che almeno una volta all’anno dovranno verificare e poi risolvere i rischi connessi alla loro attività. Qualora non dovessero svolgere tali funzioni, la figura del *compliance officer*, interno o esterno, dovrà, attraverso un *audit*, procedere al monitoraggio dell’attività delle piattaforme, così come il *Digital service coordinator*, una nuova autorità nazionale indipendente, dovrà vigilare sul rispetto del regolamento in modo imparziale, trasparente e tempestivo.¹⁰⁸

Si comprende come l’introduzione di una disciplina così dettagliata possa creare uno spazio digitale più sicuro e aperto a tutti gli utenti, in cui i diritti fondamentali sono tutelati e dove i servizi digitali possano essere di qualità ed offerti ad un prezzo inferiore.

Il *Digital Services Act* andrà a sviluppare un processo che blocca le condotte manipolatorie del mercato, supportando la partecipazione di piccole e medie imprese, che non possono affrontare elevati costi come quelli previsti dai “*gatekeepers*”.¹⁰⁹ Ma allo stesso tempo, si tutelano i cittadini dell’UE dagli usi impropri delle piattaforme *online*, qualora esse vengano usate per diffondere materiali illeciti, nonché per vendere merci pericolose o prodotti contraffatti, o offrire servizi illegali. A tal proposito, si prevedono dei meccanismi di segnalazione di contenuti illeciti, degli obblighi di diligenza per le piattaforme e forme di controllo da parte delle autorità per la supervisione delle attività *online* dei *provider*.

In merito alle attività delle piattaforme, si suggerisce di distinguere tutte le imprese del mercato digitale, per prevedere degli obblighi più incisivi sulle attività dei “*gatekeeper*”, i quali saranno soggetti a maggiori controlli sui propri servizi, per scongiurare gli usi illeciti in tema di *privacy*, di interazioni con gli utenti e di pratiche commerciali scorrette. Pertanto si suggeriscono delle misure di controllo attraverso dei “*segnalatori attendibili*”, che consentano di contrastare gli scambi di merci, servizi o contenuti illegali *online*. La proposta del Parlamento europeo e del Consiglio, sulla responsabilità, prevede: di aggiornare gli articoli della Direttiva 2000/31/CE, rafforzando le condizioni per le esenzioni di responsabilità in capo alla piattaforma, per i contenuti caricati dagli utenti, quando questa non sia a conoscenza dell’illecito o non abbia provveduto a rimuoverlo; di fornire dei chiarimenti su come la nuova normativa dovrebbe tutelare i consumatori.¹¹⁰ Si stabilisce inoltre che le piattaforme che si conformeranno a tale disciplina non saranno responsabili per i contenuti illeciti rilevati.

¹⁰⁸ F. PAOLUCCI, *Il Digital Service act: verso una nuova governance di Internet?*, in “Ius in itinere”, sul sito: https://www.iusinitinere.it/il-digital-services-act-verso-una-nuova-governance-di-internet-34071#_ftn11, 23 dicembre 2020.

¹⁰⁹ Si veda sul punto M. R. CARBONE, *Digital Markets Act, così l’Europa limita il potere delle big tech*, in “Agenda Digitale”, link: <https://www.agendadigitale.eu/merca-ti-digitali/digital-markets-act-come-si-sta-disegnando-il-futuro-delleconomia-digitale-europea/>, 15 dicembre 2020.

¹¹⁰ G. DE GREGORIO, O. POLLICINO, *L’alba di nuove responsabilità sulle piattaforme digitali: il Digital Services act*, in “Network digital 360 - Agenda Digitale”, sul sito: <https://www.agendadigitale.eu/sicurezza/privacy/lalba-di-nuove-responsabilita-sulle-piattaforme-digitali-il-digital-services-act/>, 15 dicembre 2020.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Dall'analisi emerge che il *Digital Services Act* rappresenta uno strumento giuridico importantissimo, perché fornirà delle garanzie agli utenti, ai gestori delle piattaforme e alle piccole imprese che si affacciano nel mercato digitale. Ogni attore del mercato *online* è invitato ad assumersi la responsabilità del corretto funzionamento del sistema, poiché agendo in rete, ogni azione dell'uno, può ricadere sull'attività dell'altro. Quindi il grado di inscindibilità delle posizioni tutelate dalla normativa, consentirà all'Unione Europea, di approdare in un mercato digitale sicuro, trasparente e volto al miglioramento economico.

Fondamentale sarà la coesione della legislazione e della giurisprudenza, a far sì che il commercio elettronico possa assumere una forza preponderante e una maggiore importanza nell'economia mondiale, segnando la frantumazione della barriera tra il mercato digitale e quello fisico, rendendo l'esperienza d'acquisto personalizzata e orientata al cliente, disponibile ovunque e sempre aggiornata secondo le nuove tecnologie.



L'Amministrazione per accordi tra regime pubblicistico e moduli privatistici

di Pierluigi Mascaro*

26 gennaio 2022

Sommario: 1. Cenni introduttivi: gli accordi tra Pubblica Amministrazione e privato. – 2. Tipologie di accordi e relativo ambito di applicazione. – 3. La fase di formazione degli accordi e l'esercizio del potere amministrativo. – 4. La tutela del terzo. – 5. Conclusioni.

Abstract: Sebbene il provvedimento espresso rappresenti la conclusione più comune del procedimento amministrativo, esiste la possibilità di scegliere un'alternativa. A riguardo, l'articolo 11 della L. 241/1990 prevede l'accordo integrativo e/o sostitutivo del provvedimento. Tale diversa opzione è giustificata dal fatto che, quando si devono valutare e bilanciare più interessi, è spesso preferibile raggiungere un accordo negoziale, piuttosto che imporre un provvedimento. Da tale assunto, il presente lavoro si propone di offrire una breve trattazione volta a delineare l'evoluzione dell'iter di formulazione degli accordi, considerando altresì prospettive di qualificazione di questi come contratti di diritto pubblico o aventi un oggetto pubblico.

Although the express measure is the most common conclusion of the administrative procedure, there is the possibility of choosing an alternative. In this regard, Article 11 of Law 241/1990 provides for the agreement supplementing and/or replacing the measure. This different option is justified by the fact that, when several interests have to be evaluated and balanced, it is often preferable to reach a negotiated agreement, rather than to impose a measure. From this assumption, this paper aims to offer a brief discussion aimed at outlining the evolution of the process of formulating agreements, while also considering perspectives on their qualification as contracts under public law or having a public object.

1. Cenni introduttivi: gli accordi tra Pubblica Amministrazione e privato

Nonostante il provvedimento espresso costituisca l'esito normale e più frequente del procedimento amministrativo, la legge n. 241/1990 prevede, all'articolo 11, una modalità alternativa di conclusione del medesimo, e cioè l'accordo integrativo o sostitutivo del provvedimento, sull'assunto che laddove occorra valutare e ponderare più interessi, di regola

* Cultore della materia in Diritto dell'ambiente, Dipartimento di Giurisprudenza della LUISS Guido Carli.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

è preferibile la composizione negoziata a quella imposta¹¹¹.

Gli accordi pongono l'Amministrazione su un piano più paritario rispetto al soggetto privato, riducendo il rischio di possibili contenziosi. Essi erano emersi nella prassi e, successivamente, nella legislazione speciale prima di essere sistematizzati nella legge generale sul procedimento amministrativo: si pensi ad esempio alle convenzioni urbanistiche o alla materia espropriativa, dove è previsto, in alternativa all'emanazione del provvedimento unilaterale, l'accordo di cessione volontaria del bene, che garantisce al proprietario un corrispettivo d'importo superiore all'indennità di esproprio (art. 45, d.p.r. n. 327/2001)¹¹².

In base alla legge n. 241/1990, l'accordo ha per oggetto¹¹³ il contenuto discrezionale del provvedimento ed è finalizzato alla ricerca di un miglior temperamento tra l'interesse pubblico perseguito dall'Amministrazione e quello del privato, spesso contrapposto al primo. Le situazioni di potere vincolato, invece, non si prestano ad essere oggetto di accordo, in quanto manca il presupposto della negoziazione, cioè un ventaglio più o meno ampio di opzioni possibili. L'accordo può essere proposto dal privato, il quale può a tal fine presentare osservazioni e proposte in sede di partecipazione al procedimento. Il responsabile del procedimento, per favorire l'accordo, può organizzare incontri informali con i soggetti privati interessati, avviando veri e propri tavoli di trattativa (art. 11, comma 1-*bis*).

Tuttavia, l'Amministrazione non è obbligata a concludere accordi con i privati, potendo sempre prediligere la via del provvedimento unilaterale non negoziato: ne discende che la possibilità di stipulare accordi attenua ma non elide completamente il carattere asimmetrico del rapporto tra Pubblica Amministrazione e soggetto privato¹¹⁴.

Dal punto di vista formale, gli accordi devono essere stipulati per iscritto, a pena di nullità, salvo che la legge disponga diversamente e devono recare la motivazione (art. 11, comma 2): quest'ultima prescrizione, tende ad avvicinare il regime dell'accordo a quello del provvedimento unilaterale. Ad essi si applicano i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili.

In base al disposto di cui all'articolo 133, comma 1, lett. a), n. 2 del Codice del processo amministrativo, le controversie relative alla conclusione ed esecuzione degli accordi sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

¹¹¹ In questi termini M. S. GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, vol. II, Milano, 1970, p. 867; si veda anche, a tal proposito, F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, relazione al congresso di Varenna del settembre 2001, in *Dir. Amm.*, 2002, pp. 431 ss., ove l'Autore afferma che "in dottrina, soprattutto nelle opere più recenti, aleggia spesso una "mistica" del consenso: l'autorità rappresenterebbe il passato, il consenso il futuro di un'amministrazione democratica".

¹¹² Si veda M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ediz., Bologna, 2019, p. 255.

¹¹³ Sull'oggetto dell'accordo di programma, G. DI GASPARE, *Dal government alla governance delle politiche pubbliche e gli strumenti negoziali*, II ediz., in www.amministrazioneincammino.luiss.it, 2021, pp. 62-63. (I ediz.: *La governance locale, strumenti e buone pratiche*, in *Quaderni Formez*, n. 33/2006).

¹¹⁴ Così M. CLARICH, *op. cit.*, p. 256.



2. Tipologie di accordi e relativo ambito di applicazione

L'articolo 11 della legge n. 241/1990 prevede e disciplina due tipi di accordi tra Amministrazioni e privati: quelli integrativi (o c.d. procedimentali) e quelli sostitutivi del provvedimento.

Per quanto concerne gli accordi integrativi, il tratto caratterizzante è che l'Amministrazione assume l'obbligo di emanare un provvedimento il cui contenuto sia in tutto o in parte determinato dal previo accordo con il privato, oltre che, eventualmente, ampliare il contenuto discrezionale del provvedimento medesimo, facendogliene assumere uno che non avrebbe potuto legittimamente avere senza uno specifico incontro di volontà con il privato¹¹⁵.

Gli accordi sostitutivi¹¹⁶, al contrario, determinano la produzione degli effetti giuridici del provvedimento unilaterale senza alcuna ulteriore attività di esercizio del potere in capo all'Amministrazione.

E' previsto un medesimo ambito applicativo per entrambe le fattispecie di accordo, a conferma della tesi per cui, al di là delle differenze sul piano strutturale¹¹⁷, bisogna considerare unitariamente la categoria degli accordi¹¹⁸, per la quale il legislatore ha previsto un'unica disciplina normativa contenuta nell'articolo 11.

In entrambe le tipologie di accordo, l'aspetto funzionale si risolve nell'obbligo, in capo alle parti pubblica e privata, di adempiere a quanto pattuito nell'accordo¹¹⁹, essendo il vincolo giuridico che ne discende carattere qualificante dell'istituto unitariamente inteso.

¹¹⁵ Si veda, sul punto, N. AICARDI, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamento e caratteri*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 1 e ss.; G. CORSO e F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Rimini, 1991, p. 70; A. D'AMICO, *Considerazioni in ordine all'articolo 11, L. 7 agosto 1990, N. 241*, in *Foro amm.*, 1992, p. 2467.

¹¹⁶ Per una panoramica generale, si consideri F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo. Studio sul consenso disciplinato dal diritto amministrativo in funzione sostitutiva rispetto agli strumenti unilaterali di esercizio del potere*, Padova, 1998.

¹¹⁷ In particolare si discute, in dottrina, se l'accordo integrativo sia un atto endoprocedimentale non produttivo di effetti ovvero un atto conclusivo del procedimento che produce l'effetto definitivo di costituire un rapporto obbligatorio tra le parti. Per la prima tesi, si vedano F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, I, p. 42 e G. PERICU, *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, in *Dir. amm.*, 1997, pp. 523 ss; per la seconda tesi, F. TRIMARCHI BANFI, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Politica del diritto*, 1993, p. 239.

¹¹⁸ Circa la sostanziale identità strutturale e l'affinità funzionale tra accordi integrativi e sostitutivi, si vedano M. IMMORDINO, *Legge sul procedimento amministrativo, accordi e contratti di diritto pubblico*, in *Dir. amm.*, 1997, p. 139; B. SPAMPINATO, *Accordi amministrativi, concessioni contratto e giurisdizione amministrativa esclusiva*, in *Dir. amm.*, 1996, pp. 526-527; F. FRACCHIA, *L'accordo sostitutivo*, Padova, 1998 e G. TULUMELLO, *Il nuovo regime di atipicità degli accordi sostitutivi: forma di Stato e limiti all'amministrazione*, in *Giust. amm.*, 2005, pp. 145 ss.

¹¹⁹ Cfr. M. IMMORDINO, *op. cit.*, p. 138 e E. STICCHI DAMIANI, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1991, p. 56.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Tuttavia, la generale applicabilità dello strumento della conclusione negoziata del procedimento subisce alcune limitazioni, sia sul piano sostanziale, che formale. Oltre all'impossibilità di formare oggetto dell'accordo l'esercizio di un potere vincolato per le ragioni esposte nel paragrafo precedente, devono escludersi dalla definizione concordata i provvedimenti sanzionatori¹²⁰. Un ulteriore limite è poi costituito dalla previsione di cui all'articolo 13, legge n. 241/1990, che esclude l'applicabilità dell'intero capo sulla partecipazione ad alcune tipologie di atti amministrativi, non impedendosi tuttavia, ai sensi del primo comma dell'articolo 13, che discipline settoriali possano prevedere ipotesi di moduli convenzionali in detti ambiti (ad es. convenzioni di lottizzazione in materia urbanistica).

3. La fase di formazione degli accordi e l'esercizio del potere amministrativo

Il comma 4-*bis* dell'articolo 11, legge n. 241/1990 prevede che, a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa, la stipulazione di un accordo deve essere preceduta da una determinazione dell'organo che sarebbe stato competente all'emanazione del provvedimento unilaterale. Siffatta disposizione chiarisce la natura pubblicistica e discrezionale della fase di formazione degli accordi, sebbene ciò fosse già ricavabile dalla sistematica complessiva dell'articolo 11¹²¹.

In primis, infatti, l'esistenza di un procedimento¹²² è il presupposto per la conclusione di un accordo *ex* articolo 11, in cui la trattativa e, in modo particolare, la proposta del privato si ascrivono nell'ambito della partecipazione di cui all'articolo 10, legge n. 241/1990: anzi, l'istanza di accordo presentata dal privato costituisce l'espressione più incisiva e qualificata di partecipazione al procedimento¹²³, imponendosi all'Amministrazione una valutazione su un'istanza contenente lo schema definitivo dell'assetto d'interessi coinvolti nella fattispecie.

D'altro canto, il vincolo per l'Amministrazione del perseguimento dell'interesse pubblico, espressamente richiamato nei commi 1 e 4-*bis*, dimostra come la scelta dello strumento consensuale corrisponda all'esercizio di un potere discrezionale¹²⁴, il medesimo

¹²⁰ Così, *ex multis*, S. PENSABENE LIONTI, *Gli accordi con la pubblica amministrazione nell'esperienza del diritto vivente*, G. Giappichelli Editore, 2020, p. 7.

¹²¹ F.G. SCOCA, *op cit.*, p. 441; F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, Milano, 2004, pp. 183 ss.; ID., *Riflessioni sul potere discrezionale della Pubblica Amministrazione negli accordi con i privati*, in *Dir. Amm.*, 2000, pp. 277 ss.

¹²² Per le fasi del procedimento di programmazione negoziata per addvenire alla stipula di accordi di programma, si veda G. DI GASPARE, *op. cit.*, pp. 40 ss.

¹²³ Cfr. Cass. Civ., Sez. I, sent. 15 aprile 1992, n. 4572.

¹²⁴ F. CANGELLI, *Potere discrezionale e fattispecie consensuali*, cit., p. 183.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

che avrebbe esercitato nell'adozione di un provvedimento unilaterale¹²⁵.

Sia la scelta dello strumento negoziato in luogo di quello unilaterale, sia la scelta del contraente in caso di pluralità di soggetti e sia la definizione del contenuto dell'accordo costituiscono l'oggetto della scelta dell'Amministrazione in ordine all'*an* ed al *quomodo* della conclusione del medesimo, avendo di mira il perseguimento dell'interesse pubblico.

In questo senso, la conclusione di un accordo tra Amministrazione e privato¹²⁶ non può svilire il perseguimento dell'interesse pubblico da parte dell'Amministrazione, solo in quanto presuppone un rapporto sinallagmatico con il privato¹²⁷ e la costituzione in capo a quest'ultimo di una situazione giuridica di diritto soggettivo a fronte del vincolo assunto dall'Amministrazione, laddove è anzi in grado di fornire utilità ulteriori ad entrambe le parti, se non altro in termini di certezza e stabilità di un assetto d'interessi su cui esse hanno prestato il mutuo consenso¹²⁸.

La previsione di cui al comma 2 dell'articolo 11, in virtù della quale agli accordi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili determina una commistione tra principi di diritto pubblico, per i quali l'Amministrazione si determina discrezionalmente ad accordarsi e può eccezionalmente esercitare poteri unilaterali estintivi o sospensivi, e principi di diritto privato, che costituiscono la disciplina generale del rapporto, in forza dei quali l'Amministrazione è pienamente obbligata a dare esecuzione a ciò che ha concordato¹²⁹.

Tale commistione è ulteriormente comprovata dal regime dei vizi degli accordi, tra cui sono riscontrabili tanto vizi del contratto quanto del provvedimento, in quanto l'impugnazione non può limitarsi ai soli vizi di validità dell'accordo, ma si estende a tutti i vizi di legittimità, secondo le norme che riguardano i provvedimenti amministrativi¹³⁰.

E' certamente applicabile agli accordi l'istituto della nullità del contratto di cui all'art. 1418 e ss. c.c., per quanto concerne la contrarietà a norme imperative di legge, la mancanza dei requisiti richiesti dall'articolo 1325 c.c., l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nei limiti di quanto disposto dall'articolo 1345 c.c. e la mancanza dei requisiti dell'oggetto. Sarà comunque necessario valutare la compatibilità dei singoli vizi: in tal senso, ad esempio, il perseguimento dell'interesse pubblico, pur imposto da una norma imperativa, dovrà subire un sindacato sull'esercizio del potere discrezionale, così come avviene per i provvedimenti unilaterali, determinando l'annullabilità, anziché la nullità dell'accordo¹³¹, attribuendosi paradossalmente una sanzione più lieve al vizio dell'elemento forse più pregnante degli

¹²⁵ Si consulti N. PAOLANTONIO, *Autoregolamentazione consensuale e garanzie giurisdizionali*, in *Cons. Stato*, 2000, II, pp. 795 ss.; ID., *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003, pp. 115 ss.

¹²⁶ G. SALA, *Accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento e tutela delle situazioni soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, p. 234.

¹²⁷ Per il ruolo dei privati negli accordi di programma, cfr. G. DI GASPARE, *op. cit.*, pp. 61-62.

¹²⁸ S. GIACCHETTI, *Partecipazione e tutela cautelare*, in *Cons. Stato*, 1990, II, p. 1316.

¹²⁹ Sul carattere vincolante degli accordi per l'Amministrazione, si veda F.G. COCA, *op. cit.*, p. 443.

¹³⁰ F.G. COCA, *op. cit.*, p. 448.

¹³¹ In questo senso F.G. COCA, *op. cit.*, p. 449.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

accordi di diritto amministrativo.

Bisogna inoltre ricordare che il sindacato giurisdizionale sugli accordi corrisponde ad un sindacato sul potere¹³², ed è questo tratto che giustifica la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle fasi di formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi.

Qualificando l'adesione dell'Amministrazione all'accordo come esercizio di discrezionalità, discende che quest'ultima debba puntualmente motivare alla stregua dell'interesse pubblico non solo la scelta di stipulare l'accordo (comma 4-*bis*), ma anche quella di rifiutare una proposta del privato¹³³. Di conseguenza, la posizione del privato proponente è giuridicamente protetta fin dal momento della formazione dell'accordo, corrispondendo alla determinazione dell'Amministrazione rispetto all'istanza del privato un interesse legittimo pretensivo, azionabile dinanzi al giudice amministrativo in caso di rifiuto o silenzio¹³⁴.

Sul piano della patologia dell'accordo, occorre esaminare il caso di accordi stipulati senza la determinazione motivata dell'Amministrazione: *in primis*, va rilevato che la determinazione pubblica segue la fase della trattativa, intervenendo in un momento successivo alla composizione negoziata degli interessi in gioco; tuttavia, il disposto di cui al comma 4-*bis* dell'articolo 11 sembra invertire questa successione, come se il legislatore abbia voluto prevedere il perfezionamento dell'accordo mediante una stipula successiva alla formale determinazione dell'Amministrazione, costituendo quest'ultima l'unica legittima forma di manifestazione della volontà pubblica di aderire all'accordo. Ne discende che la mancanza di siffatta manifestazione di volontà determina la nullità dell'accordo, quand'anche sia stato concluso in forma scritta.

D'altronde qualora l'Amministrazione, dopo aver raggiunto l'intesa con il privato, non adotti la determina e non proceda alla stipula, dovrà pacificamente riconoscersi a quest'ultimo lo svolgimento di un sindacato di legittimità sull'inerzia o sul rifiuto dell'Amministrazione, nonché l'eventuale conseguente esecuzione della stipula. In casi simili, dovrà inoltre riconoscersi una responsabilità di tipo precontrattuale in capo all'Amministrazione.

4. La tutela del terzo

Dato il carattere pubblicistico della fase di formazione degli accordi, occorre individuare se e quali terzi siano legittimati a ricorrere avverso un accordo che, pur non potendo creare effetti diretti, né tantomeno vincolare *ultra partes*, produca nei confronti di questi effetti pregiudizievoli. Dalla disposizione di cui all'articolo 11, comma 1, laddove

¹³² Cfr. Tar Toscana, Sez. I, sent. 18 gennaio 2005, n. 153.

¹³³ G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, p. 204.

¹³⁴ Si veda, a tal riguardo, V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della l. n. 241/90 – II parte*, in www.giustamm.it, 2005; S. GIACCHETTI, *Partecipazione e tutela cautelare*, cit., p. 1316.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

prescrive che l'accordo non può pregiudicare i diritti dei terzi, nonché dal principio di relatività degli effetti del contratto di cui all'articolo 1372 c.c., discende l'impossibilità per l'accordo di estinguere o limitare i diritti dei terzi, salvo un'espressa disposizione normativa in tal senso.

D'altronde il terzo, pur non essendo titolare di una situazione di diritto soggettivo, può vantare un interesse legittimo leso dall'uso che l'Amministrazione ha fatto del potere, tanto con l'adesione all'accordo, quanto nella determinazione del contenuto¹³⁵; in questi casi, occorre individuare l'atto che il terzo debba impugnare. In particolare, bisogna stabilire se esso debba impugnare la determina di adesione dell'Amministrazione oppure l'accordo stesso.

Per risolvere il problema, non può esimersi dal considerare sia l'art. 1372 c.c., sia l'art. 100 c.p.c., alla stregua del quale il ricorrente deve avere un interesse personale ed attuale al ricorso. L'obiezione alla tesi dell'impugnabilità degli accordi poggia sul carattere relativo degli effetti del contratto, per il quale il terzo non può impugnare ciò che non tange la propria sfera giuridica, ma deve impugnare l'atto di adesione con cui l'Amministrazione ha esercitato il potere.

L'obiezione non è del tutto ingiustificata, ma occorre distinguere le due fattispecie di accordo: l'accordo sostitutivo produce gli effetti giuridici propri del provvedimento che sostituisce, per cui ha rilevanza non solo tra le parti, ma anche esterna nella misura in cui prenda il posto del provvedimento unilaterale nella composizione degli interessi in campo; l'accordo integrativo, invece, producendo effetti obbligatori tra le parti, non potrà avere rilevanza esterna, se non nei limiti e dal momento in cui l'Amministrazione adempia emanando il provvedimento. Solo quest'ultimo atto produrrà effetti esterni ed attiverà l'interesse a ricorrere del terzo.

Occorre evidenziare che, pur essendo vero che il momento in cui l'Amministrazione spende il potere è l'atto di adesione, gli effetti non si producono senza la conclusione effettiva o l'esecuzione conseguente: di conseguenza, dovrebbe escludersi l'autonoma impugnabilità dell'atto di adesione, risultando più coerente, anche sul piano sistematico, la tesi dell'impugnazione dell'accordo laddove questo diventi efficace nel caso di accordi sostitutivi, oppure del provvedimento che dà loro esecuzione in quello di accordi integrativi.

5. Conclusioni

Si discute in dottrina se gli accordi disciplinati dall'articolo 11, legge n. 241/1990 possano essere qualificati, sulla scia dell'ordinamento tedesco, come contratti di diritto pubblico, accentuando così la peculiarità del loro regime rispetto a quello dei contratti di diritto comune. In alternativa, essi possono essere qualificati come contratti ad oggetto

¹³⁵ C. ARGENIO, *L'accordo nell'azione amministrativa*, in *Cons. Stato*, 1992, p. 348.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

pubblico¹³⁶, ad indicare un regime di specialità discendente soprattutto dal fatto che si riferiscono al potere discrezionale, cioè ad un oggetto di per sé indisponibile¹³⁷.

In realtà, il regime a cui sono sottoposti li rende sempre più assimilabili a provvedimenti amministrativi unilaterali: essi hanno il pregio di proporre l'immagine di un'amministrazione più aperta al dialogo e ai contributi propositivi dei privati, ma nella pratica rimangono uno strumento giuridico di composizione degli interessi ancora poco utilizzato¹³⁸.

Sportello unico e reticoli decisionali nell'attuazione del PNRR: semplificazione e digitalizzazione tra organizzazione e procedimento amministrativo

di Cristiano Bevilacqua *

4 febbraio 2022

¹³⁶ La nozione di contratto di diritto pubblico o ad oggetto pubblico è stata espressamente e costantemente richiamata e utilizzata in giurisprudenza per definire la peculiare natura del contratto di cessione volontaria (fra le tante, cfr., Cass. I, 11 marzo 2006, n. 5390, Cass. I, 17 marzo 2006, n. 6003; Cass. I, 21 aprile 1999, n. 3930; Cass. S. U., 4 novembre 1994, n. 9130; Cons. Stato, Sez. VI, 14 settembre 2005, n. 4735). Per le convenzioni urbanistiche e per quelle affidative di pubblici servizi, solo in rari casi (ad es. Cons. Stato, Sez. V, n. 1327/00, e Cass. 3 febbraio 1994, n. 1125, si riscontra l'uso da parte della giurisprudenza della locuzione "contratto ad oggetto pubblico". Ma viene ugualmente sempre sottolineato il peculiare carattere (anche) pubblicistico di tali rapporti negoziali. Così è costante la sottolineatura del fatto che "la convenzione urbanistica – sia di lottizzazione ovvero accessiva alla concessione edilizia – rappresenta un istituto di complessa ricostruzione, a causa dei profili di stampo giuspubblicistico che si accompagnano allo strumento dichiaratamente contrattuale" (così recentemente Cons. Stato, Sez. IV, 28 luglio 2005, n. 4014). Quanto poi alle convenzioni volte alla disciplina dell'affidamento di un pubblico servizio, esse hanno costituito, come è noto, il terreno privilegiato del dibattito dottrinale in materia di contratti ad oggetto pubblico e della costruzione giurisprudenziale della concessione-contratto.

¹³⁷ Si veda, al riguardo, M. CLARICH, *op. cit.*, p. 257.

¹³⁸ Cfr., sul punto, L. MONTEFERRANTE, *Il Diritto dei contratti conquista gli accordi*, nota a sentenza Cons. Stato, Sez. V, 27 gennaio 2006, n. 236, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, pp. 955 e ss., ove si afferma che "l'istituto dell'accordo ex art.11 l. n. 241/90 non ha dimostrato alcuna significativa capacità di disciplinare fenomeni giuridici nuovi; mentre per converso esso ha incontrato straordinario favore nella giurisprudenza come categoria generale ritenuta idonea a ricomprendere istituti giuridici preesistenti (cessione volontaria, concessione – contratto, convenzioni urbanistiche) fornendo ad essi (almeno così si pretende) un miglior fondamento razionale e sistematico e (forse) una più chiara e compiuta disciplina" e F. LEDDA, *Dell'autorità e del consenso nel diritto dell'amministrazione pubblica*, in *Foro Amm.*, 1997, II, pp. 1273 ss., ove si constata che "della rivoluzione non si hanno ancora i segni e neppure le avvisaglie: secondo quanto ci riferiscono i più esperti magistrati e funzionari, avvocati e consulenti di amministrazioni, gli accordi endoprocedimentali non si concludono, né si hanno trattative per la ricerca di soluzioni consensuali".

* Responsabile Osservatorio Giuridico legislativo Conferenza episcopale Siciliana. Professore a contratto di Diritto pubblico e Diritto Amministrativo presso LUMSA Santa Silvia - Palermo.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Semplificazione e digitalizzazione nelle riforme amministrative. – 3. Lo sportello unico: uno strumento di coordinamento tra semplificazione e digitalizzazione procedimentale. – 4. L'organizzazione a rete e la pubblica amministrazione. – 5. Le Reti come strumento di analisi delle relazioni tra strutture pubbliche e private nella formazione del Decision Making amministrativo. – 6. Conclusioni.

Abstract: Nel corso tempo, le numerose riforme amministrative italiane hanno travolto la pubblica amministrazione nell'intento di migliorarne la gestione delle performances. Per far ciò, il campo di intervento del legislatore italiano è stato molto ampio, investendo l'amministrazione sia in senso verticale che orizzontale. Da ultimo, con il contributo del PNRR, è riemersa l'esigenza di attuare una riforma rapida e radicale dell'amministrazione italiana nel tentativo di eliminarne vincoli burocratici, rendendo più efficiente ed efficace l'azione della p.A.

Over time, Italy's numerous administrative reforms have swept through the public administration in an effort to improve its performance management. To do so, the scope of intervention of the Italian legislature has been very broad, investing the administration both vertically and horizontally. Most recently, with the contribution of the PNRR, the need to implement a rapid and radical reform of the Italian administration has re-emerged in an attempt to remove bureaucratic constraints, making the p.A. more efficient and effective.

1. Introduzione

Il terzo asse di intervento della componente 1 della Missione 1 del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza è dedicato alle misure di riforma della pubblica amministrazione. In tal ambito le riforme programmate hanno la finalità di eliminare i vincoli burocratici, rendere più efficiente ed efficace l'azione della Pubblica Amministrazione, con l'effetto di ridurre tempi e costi per le imprese e i cittadini.

Si torna, invece, nuovamente a parlare di semplificazione amministrativa che ha caratterizzato le riforme che hanno coinvolto la pubblica amministrazione negli ultimi trent'anni e che possono essere lette ed interpretate prendendo come punto di riferimento la considerazione che la pubblica amministrazione stessa ha dei destinatari della sua azione.

In tale periodo si è consolidato il passaggio da un'amministrazione che considerava il cittadino come semplice amministrato, ad un'amministrazione che oggi lo identifica come utente¹³⁹.

Tale assunto appare di fondamentale importanza poiché segna il superamento di quella concezione che vedeva la pubblica amministrazione come soggetto che poneva a fondamento della sua azione il momento dell'autorità mettendo in secondo piano il cittadino con i suoi interessi.

¹³⁹ Si veda in proposito S. CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 2001, 79 ss dove si dice chiaramente che il cittadino "da amministrato diventa customer, di cui occorre garantire la soddisfazione".



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

In tal modo l'organizzazione della stessa diveniva "fattore di negazione" di diritti che prendeva il sopravvento sugli interessi che realmente si sarebbero dovuti perseguire¹⁴⁰.

La pubblica amministrazione è stata sempre orientata a ragionare per procedimenti non ritenendo rilevanti i risultati ottenuti, ciò ha contribuito in misura notevole al rallentamento dell'attività amministrativa ed alla contestuale insoddisfazione da parte degli utenti cittadini.

I principi di efficienza, efficacia ed economicità erano considerati attuati in relazione alla quantità di procedimenti amministrativi ed al risparmio delle risorse impiegate, senza porre la necessaria attenzione alle esigenze dei destinatari del provvedimento finale.

Tale concezione è stata stravolta dalle riforme amministrative¹⁴¹ che hanno reso necessario un ripensamento dei principi sopra citati ed in generale di tutta l'attività amministrativa¹⁴².

L'economicità viene vista la luce di un criterio finalistico riassumere con il principio "massima soddisfazione con il minimo sforzo"; l'efficienza è assimilabile a rapporto tra mezzi impiegati e i risultati ottenuti mentre l'efficacia è un rapporto tra risultati ottenuti e le risultati perseguiti¹⁴³.

Tanto più i risultati ottenuti saranno vicini a quelli perseguiti, tanto più l'azione amministrativa potrà definirsi efficace.

Intesi in tal modo i tre principi assumono un ruolo pregnante ai fini dell'ottimizzazione dell'azione amministrativa: non più efficienza, efficacia ed economicità in senso astratto, ma tre modalità concrete di valutazione della pubblica amministrazione nel suo divenire.

¹⁴⁰ Si veda in proposito M.WEBER, *Economia e società*, Milano,1974; G.BERTI, *La responsabilità pubblica*, in *Ius*,1990; S.CASSESE, *Le amministrazioni pubbliche in Europa. Per uno studio storico-comparato del diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, I, milano,1994; P.L.VERDU', *Il cittadino e le istituzioni: lineamenti generali del sistema spagnolo da una prospettiva comparativa*, in *Dir. Soc.*,1988,p.646 ss. ; anche la giurisprudenza amministrativa più recente ha mostrato ancora l'esistenza di certi legami con tale concezione, si veda in proposito Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 22-05-1993 n.6 in *Giur. It.*,1994, III, 432 laddove si statuisce che il socio che contesta le operazioni elettorali degli organi direttivi di un ente pubblico, deve rivolgersi al giudice amministrativo dato che la sua posizione è qualificabile come interesse legittimo. I cd "diritti elettorali" vengono degradati a mero interesse legittimo sulla base di una superiorità di un'organizzazione pubblica giustificata da un interesse generale indefinito.

¹⁴¹ Sul termine riforme amministrative si veda S.CASSESE, *op. ult. Cit.*, pag. 80.

¹⁴² In effetti di tale ribaltamento di concezione nasce nel 1992 negli Stati Uniti grazie al testo di David Osborne e Ted Gaebler "Reinventing Government". Osborne e Gaebler, *Dirigere e governare*, Milano,1995, pp.85ss e 112 e ss.

¹⁴³ RAGONESI, *Diritto amministrativo*, Milano,1998; ZANGRANDI, *Autonomia ed economicità nelle aziende pubbliche*, Milano,1994; CERASE, *Organizzazione e cultura nella pubblica amministrazione italiana*, in *Rass. It. Dir. Soc.*,1992; CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano, ovvero l'arte di arrangiarsi*, in *amm. Pubbl. It.*, Bologna,1994; VALENTINI, *Figure, rapporti, modelli organizzativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1996; SALVIA, *Valori e limiti della managerialità nella pubblica amministrazione*, in *Dir. Ec.*,1996; MUSSARI-DI TORO, *Etica ed efficienza del management pubblico*, in *Az. Pubbl.*,1993; VISSALLI, *La crisi dei valori*, in *Riv. It. Dir. civ.*,1994, I, 54; CALANDRA, *Efficacia e buon andamento*, *Enc. Giur.*,1989.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Le riforme amministrative italiane, nel tempo, hanno concretamente travolto la pubblica amministrazione nell'intento di migliorarne la gestione delle *performances*, per far ciò il campo di intervento del legislatore italiano è stato molto ampio ed ha investito l'amministrazione sia in senso verticale che orizzontale¹⁴⁴.

Verticalmente perché vengono interessati tutti i livelli organizzativi dell'ordinamento repubblicano (comune, provincia, città metropolitana, regione, Stato).

Orizzontalmente in quanto tutti gli elementi del sistema vengono direttamente o indirettamente coinvolti (funzioni, organizzazione, procedimenti, controlli, bilancio, gestione del personale).

L'esigenza di porre in essere una riforma così rapida e radicale dell'amministrazione italiana deriva, a parere di chi scrive, da tre grandi ordini di motivi: il primo è da ricercare all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, il secondo deriva dall'appartenenza all'Unione Europea, il terzo dalla incessante pervasività delle nuove tecnologie collegate alla "smaterializzazione" e della digitalizzazione di atti e documenti della pubblica amministrazione.

Per ciò che attiene al primo ordine di motivi si deve dire che la concezione del cittadino – utente ha portato la pubblica amministrazione ad adattarsi alle modificazioni economico – sociali ed alle esigenze dei privati, che si sono succedute negli anni.

L'opera di adattamento ha causato una graduale riduzione di quella "pervasività" dell'amministrazione specialmente in quei settori che potevano essere gestiti esclusivamente dai privati.

Il secondo ordine di motivi, strettamente collegato al primo, deriva dall'influenza che l'Unione Europea ha avuto sulla pubblica amministrazione¹⁴⁵ statale.

È stato autorevolmente osservato¹⁴⁶ che, sotto il profilo del diritto amministrativo, l'Unione Europea si è sviluppata secondo tre differenti ordinamenti.

Nel primo di questi ordinamenti il potere esecutivo era pressoché assente conseguentemente l'esecuzione degli obblighi comunitari veniva rimessa agli apparati statali.

L'ordinamento comunitario veniva concepito come privo di un vero apparato amministrativo¹⁴⁷, quindi per eseguire le proprie decisioni si avvaleva degli apparati

¹⁴⁴ Sulle riforme amministrative in Italia si veda CASSESE, *Il difficile mestiere di ministro delle funzioni pubbliche*, in *Le Regioni*, 1995, 435; CASSESE, *Lo Stato dell'amministrazione pubblica a vent'anni dal rapporto Giannini*, in *G. dir. Amm.*, 2000,99; TORCHIA, *Il riordino dell'amministrazione centrale dello Stato*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 695; GALLI, *Privatizzazioni e riforma della regolamentazione in Italia*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.* 1998, 471.

¹⁴⁵ Lungimirante in tal senso è stata la visione di Benvenuti che all'inizio degli anni '90 auspicava la trasformazione dell'amministrazione burocratica del passato in una moderna organizzazione adeguata all'oggi ed aperta verso il futuro anche nell'ambito di comunità più vaste di quelle nazionali. SEPE, *Ricordo di Feliciano Benvenuti*, in *Riv. Trim. sc. Amm.*, 1999,2, 12.

¹⁴⁶ S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2002, 291 ss.

¹⁴⁷ Nota è la definizione di Jean Monnet secondo il quale la Comunità economica europea era un apparato che non esegue ma fa eseguire, si veda in proposito J. MONNET, *Mémoires*, Paris, 1976,



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

amministrativi degli Stati membri che agivano come “terminali esecutivi della volontà unitaria”¹⁴⁸.

Il secondo ordinamento, invece, si caratterizzava per l'istituzione di organi e procedure volti a controllare l'adempimento agli obblighi comunitari da parte degli Stati membri.

L'organizzazione comunitaria inizia ad operare una trasformazione radicale passando da un sistema monista ad uno pluralista le cui caratteristiche fondamentali si rivelano la differenziazione e la frammentarietà¹⁴⁹.

Infine si passa al terzo ordinamento con il quale l'Unione, oltre a continuare a vigilare, assume direttamente compiti esecutivi e di gestione.

Si è sviluppata, quindi, una “signoria comunitaria”¹⁵⁰ sull'amministrazione statale che si mostra attraverso differenti modalità.

Per esempio si prevede che la Commissione sia soggetto dotato di preminenza funzionale tra quegli uffici posti in posizione di equiordinazione organizzativa e considerati affidatari della cura dell'interesse pubblico¹⁵¹; oppure vengono dettate in sede comunitaria norme procedurali o disegni organizzativi che devono essere seguiti dalle strutture amministrative statali con la conseguente limitazione dell'autonomia di scelta delle tipologie procedimentali e dell'organizzazione delle proprie strutture da parte degli Stati membri¹⁵².

Alla luce di ciò si può affermare che l'attuale amministrazione costituisce per alcuni versi, un riflesso di quella comunitaria, presentando un carattere multiorganizzativo dove convivono norme di diverso rango e modelli strutturali differenti. L'utilizzo di tali modelli varia a seconda del fine perseguito, ciò vuol dire che non esiste “il modello strutturale” per eccellenza, ma convivono differenti modelli ognuno dei quali si rivela più idoneo degli altri per il soddisfacimento di un fine determinato a titolo di esempio si possono citare.

Il terzo motivo, infine, attiene all'avvento delle nuove tecnologie informatiche che hanno rappresentato e rappresentano un volano per la smaterializzazione di atti e documenti amministrativa, semplificando la circolazione delle informazioni e quindi la conoscibilità delle stesse da parte dei cittadini messi in grado di partecipare effettivamente all'azione amministrativa.

Il 27% delle risorse del Piano nazionale di ripresa e resilienza sono dedicate alla transizione digitale, sviluppata lungo due assi: la banda ultra-larga e la trasformazione della

285 ss.

¹⁴⁸ FRANCHINI, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2002, 654.

¹⁴⁹ Si rivive in sede comunitaria ciò che è avvenuto all'interno dell'ordinamento italiano. Si veda in proposito M. NIGRO, *Amministrazione pubblica*, in *Enc. Giur.* II, Roma, 1988.

¹⁵⁰ Il termine proviene direttamente dall'autore. Si veda CASSESE op. ult. Cit.

¹⁵¹ Ciò si ricollega alla cosiddetta comunione di funzioni tra Unione e Stati in base alla quale si stabilisce che la base su cui poggia la tutela dell'interesse pubblico da parte di entrambi è il diritto comunitario.

¹⁵² L'Unione “dispone circa strutture ed attività amministrative degli Stati”. M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p. 648.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

PA in chiave digitale. Altri fondi sono destinati dal Piano all'innovazione digitale di infrastrutture, il fisco, sicurezza, sanità pubblica, turismo e cultura, sistema scolastico e ricerca universitaria.

Questa rivoluzione comporta effetti trasversali in diversi contesti, non ultimo quello urbanistico, in quanto le infrastrutture di rete richiederanno un approccio più capillare rispetto alle antenne di quarta generazione; nei rapporti di lavoro e nelle abitudini sociali.

Rappresenta anche un elemento strategico per lo Stato e per l'Unione europea, in quanto da esso dipende lo sviluppo concreto di infrastrutture, servizi, sicurezza, modelli economici con un impatto anche sull'evoluzione dei rapporti politici tra i cittadini e tra essi e le istituzioni politiche (delle cui dinamiche si può osservare un'antepresa rispetto all'impatto dei Social Network sul processo di formazione del consenso politico).

2. Semplificazione e digitalizzazione nelle riforme amministrative

Nel contesto precedentemente enunciato la semplificazione e più recentemente la digitalizzazione dell'attività amministrativa costituiscono la risposta più immediata alle esigenze di riforma della pubblica amministrazione.

Invero il termine stesso di semplificazione appare complesso e poliseno dato che può essere utilizzato in differenti direzioni¹⁵³.

In tale sede la "semplificazione" vuole essere intesa in due differenti modi strettamente connessi tra loro: come principio collegato al procedimento amministrativo, sì da assurgere al rango di principio regolatore di performance delle procedure "all'interno di quella sede naturale delle garanzie che è il procedimento"¹⁵⁴; come criterio di

¹⁵³ Così afferma autorevole dottrina CASETTA, *Profili dell'evoluzione dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 1993, 10 ss.; Id. *Pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1997, vol. XII, 274 ss.; CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2000. Il tema della semplificazione è stato affrontato in Italia fin dagli inizi del secolo cfr MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, Bologna, 1996, 284 ss.

¹⁵⁴ FERRARA, *Procedimento amministrativo semplificazione e realizzazione del risultato: dalla libertà dall'amministrazione alla libertà dell'amministrazione?*, *Dir. Soc.*, 2000, 101; cfr anche cfr. PARISIO, *Semplificazione dell'azione amministrativa e procedimento amministrativo alla luce della legge 15 maggio 1997, n. 127*, Milano 1998; VANDELLI-GARDINI (a cura di), *La semplificazione amministrativa*, Bologna, 1999; CASETTA, *La difficoltà di "semplificare"*, in *Dir. Amm.*, 1998, 335 e segg.; Torchia, *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, *ibidem*, 385 e segg.; CUGURRA, *La semplificazione del procedimento amministrativo nell'art. 17 della l. 15 maggio 1997, n. 127*, *ibidem*, 479; VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1998, 655 e segg.; CLARICH, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, *ibidem*, 679 e segg.; CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, *ibidem*, 699 e segg.; SANDULLI, *La semplificazione*, *ivi*, 1999, 757 e segg.; FERRARA, *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, 323 e segg.; Id., *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dall'amministrazione" alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. e Società*, 2000, 101 e



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

riorganizzazione delle funzioni amministrative, ed in tal senso il ruolo principale viene rivestito dagli enti locali che a seguito della riforma del titolo V della Costituzione, assumono un ruolo determinante nel riassetto delle funzioni amministrative di cui sono titolari¹⁵⁵.

Sotto quest'ultimo profilo la necessità di semplificare la pubblica amministrazione non è un fenomeno attuale ma risalente nel tempo¹⁵⁶.

La mancanza di tempestività nel soddisfare tale esigenza ha gradualmente portato alla formazione di un'immagine dell'amministrazione vista come sistema inutilmente complesso, inefficiente e vessatorio.

Tale convincimento, che appare fondato date le continue riforme che ancora si susseguono nel tempo, era stato posto come base di partenza per attuare la semplificazione amministrativa così come prevista dalle leggi più recenti create per combattere l'idea di un'amministrazione coincidente con un "moltiplicatore di complicazioni"¹⁵⁷.

segg.; MANGANARO, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa. I. Profili critici e principi ricostruttivi*, Napoli, 2000; AMOROSINO, *Lo stallo della semplificazione amministrativa: fattori critici e ipotesi di rilancio*, in *Foro Amm. TAR*, 2004, 1887 e segg.; Id., *La semplificazione amministrativa e le recenti modifiche normative alla disciplina generale del procedimento*, *ivi*, 2005, 2635; LAZZARA, *Procedimento e semplificazione*, Roma, 2005; Id., *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, in *Dir. Amm.*, 2011, 679 e segg.; IMMORDINO, *Semplificazione normativa e certezza del diritto*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005, 255 e segg.; SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro Amm. TAR*, 2010, 3041 e segg.; ARENA, *L'implementazione della semplificazione amministrativa*, in *www.giustamm.it*; S.S. SCOCA, *Semplificazione e ripartizione delle competenze legislative*, in *Riv. Nuove Autonomie*, 2012, 265 e segg.

¹⁵⁵ VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1998, 666; sul ruolo delle autonomie locali nella semplificazione si veda oltre nella trattazione.

¹⁵⁶ MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 1996, 72 : nel commentare la legge di contabilità del 1869 l'autore scrive: "amministrare si risolveva già in quei primi anni, in molti casi, in un'attività di passaggio di carte tra uffici: in un susseguirsi di verifiche formali, di visti, autorizzazioni, iscrizioni a protocollo, registrazioni, verbalizzazioni.....una consistente sequenza di provvedimenti mise a punto negli anni '70 un vero e proprio corpus di regole potenziando gli automatismi dell'attività burocratica e accrescendo la prevedibilità e la regolarità dell'attività di ufficio. L'ordine burocratico, inteso come adeguamento senza rischi alla fitta dialettica dei controlli interni, dei protocolli e delle corrispondenze formali, da strumentale quale era inizialmente sembrò divenire esso stesso in molte circostanze, il fine ultimo del lavoro di ufficio....il risultato concreto dell'attività amministrativa rischiava di perdersi sullo sfondo di una nebulosa cartacea".

¹⁵⁷ Dall'esame delle diverse normative ispirate all'esigenza della semplificazione sarebbe possibile individuare almeno quattro principi generali ai quali viene data attuazione, poi, con specifici strumenti e misure, tali principi possono essere così schematizzati: non aggravamento; non duplicazione e congruenza organizzativa; efficienza (in uno con efficacia ed economicità); deregolazione. Si veda TORCHIA, *La modernizzazione del sistema amministrativo: semplificazione e decentramento*, in *Le Regioni*, 2-3, 1997, 329 ss. Il tema della semplificazione 'complicante' riguarda anche la qualità del sistema normativo. In proposito, cfr. C. Pinelli, *Liberalizzazione delle attività produttive e semplificazione amministrativa. Possibilità e limiti di un approccio giuridico*, in *Dir. amm.*, 2014, 355 ss. e A. Travi, *Le complicazioni della semplificazione amministrativa*, in G. Sala - G. Sciuillo (a cura di), *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, Napoli, 2017, 3



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

L'attuazione di quanto previsto dalla riforma contenuta nella legge 59/ 97, nasceva dalla necessità di alleggerire la pubblica amministrazione. Un'amministrazione ancorata ad una concezione caratterizzata dall'accentramento dei poteri e delle funzioni.

Concetto basilare di tale riforma è la trasformazione della pubblica amministrazione da un modello centralizzato ad uno "condiviso" fondato su comuni, province, e regioni.

Tale trasformazione porta ad un'ulteriore conseguenza, ossia un dimagrimento dell'amministrazione statale causato dalla diminuzione dell'esercizio di funzioni amministrative dirette.

Allo spostamento delle attribuzioni agli enti locali deve corrispondere un'attribuzione di risorse effettive per l'esercizio delle stesse.

Infine, onde consentire una rapida realizzazione di tale trasformazione della pubblica amministrazione del paese, è stato necessario ricorrere allo strumento della delegificazione provvedendo al costante monitoraggio attuativo¹⁵⁸.

In relazione al procedimento amministrativo, la semplificazione comporta la possibilità di operare secondo due grandi ordini di scelte: una, più radicale, consistente nell'eliminazione della disciplina amministrativa in alcuni settori privati che non necessitano più di interesse da parte della pubblica amministrazione; l'altra, che poi è quella più utilizzata, consiste nella riorganizzazione strutturale dei procedimenti che caratterizzano tutta l'azione amministrativa.

In un senso e nell'altro la semplificazione s'intreccia e si combina dinamicamente con la riforma dello Stato, infatti il nuovo assetto dei rapporti tra gli enti territoriali costitutivi della Repubblica¹⁵⁹ non può non riflettersi sulla pubblica amministrazione che viene ripensata nelle forme e nell'azione¹⁶⁰.

La semplificazione procedimentale costituisce, quindi, un principio generale dell'ordinamento giuridico¹⁶¹, al quale si devono uniformare gli enti locali nella regolazione

ss.

¹⁵⁸ Sull'importanza del monitoraggio nei processi di riforma - specie se in chiave semplificatoria - cfr. S. Battini, *Una nuova stagione di riforme amministrative*, in questa *Rivista*, 2014, 1017 ss., nonché Cons. Stato, parere 1° aprile 2016, n. 855, Cons. Stato, parere 4 agosto 2016, n. 1784, Cons. Stato, parere 14 marzo 2017, n. 638. Sulle problematiche connesse alla legge n. 59 si veda .VOLPE, trasferimenti: criteri più rigidi per le regioni, in Guida agli Enti locali, dossier n.2, luglio 1998, pp. 9 ss; Sulla semplificazione ed il decentramento si veda TORCHIA, op. ult. Cit.; id. *L'attività amministrativa nella (vecchia e nella nuova) Costituzione*, in *Riv. Trim. dir. Proc. Civ.*, n.2, 1995, 455.

¹⁵⁹ F. Caporale, *Semplificare la complessità: il coordinamento amministrativo a trent'anni dalla legge sul procedimento*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 443 ss., specie 458-459.

¹⁶⁰ VESPERINI, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1998, 655 ss; FERRARA, *Le complicazioni della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, 2, 323 ss.

¹⁶¹ La semplificazione è stata definita quale "funzione permanente" cui collegare sempre le iniziative di razionalizzazione del sistema amministrativo italiano. Si veda MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. Amm.*, fasc. 4, 2017, 699. PIPERATA, *Le riforme amministrative alla prova: lo sportello unico per le attività produttive*, a cura di Gardini e Piperita, Torino, 2002, 80; nello stesso senso CERULLI- IRELLI-LUCIANI, *La semplificazione dell'azione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2000, 617 ss; VANDELLI-



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

dei procedimenti di loro competenza ¹⁶², che “intreccia tutti i recenti provvedimenti normativi destinati a riscrivere i confini, gli attori, le azioni ed i rapporti della sfera pubblica”.

La semplificazione si collega strettamente con i principi di efficienza, efficacia ed economicità dei quali costituisce concreta applicazione.

È attraverso tale sistema che si possono restringere al massimo i tempi dei procedimenti, così facendo si favorisce l'accelerazione dell'azione amministrativa anche attraverso l'adozione di misure idonee ad eliminare, oppure a riorganizzare, lo svolgimento di operazioni procedurali che, altrimenti, potrebbero divenire cause di ritardo o di aumento dei costi nell'adozione dei provvedimenti amministrativi¹⁶³.

Quanto affermato non implica che la semplificazione si identifichi esclusivamente con l'accelerazione dei procedimenti amministrativi, si può semmai dire che l'accelerazione costituisce uno degli aspetti più evidenti della semplificazione.

A riprova di ciò si pone il fatto che la stessa legge 241/90 fornisce dei chiari esempi di semplificazione non strettamente collegati all'accelerazione procedimentale: la denuncia di cui all'art. 19 (e successive modifiche) e il silenzio assenso disciplinato dall'art. 20 della stessa legge.

In tali ipotesi il normale iter procedimentale viene “semplificato” o con l'assenza di un procedimento vero e proprio, oppure con la sostituzione del provvedimento finale e conclusivo con un comportamento (omissivo) al quale si attribuisce il significato di accoglimento.

Ciò porta a un coinvolgimento del privato nel pubblico non solo attraverso la partecipazione ma anche attraverso una vera e propria sostituzione del cittadino alla pubblica amministrazione per il soddisfacimento dell'interesse pubblico, si viene così a realizzare una forma di “autoamministrazione” da parte dei privati -ad esempio la disciplina prima della denuncia di attività e poi della segnalazione certificata di attività - contenute nell'articolo 19 legge 241 del 1990 prevede che il cittadino venga chiamato a sostituire la stessa pubblica amministrazione piuttosto che esercitare una coamministrazione degli interessi pubblici ¹⁶⁴.

GARDINI, *La semplificazione amministrativa*, Rimini, 1999.

¹⁶² FONDERICO, *Le implicazioni organizzative della semplificazione procedimentale*, in *L'Italia da semplificare*, vol.I, Bologna, 1998.

¹⁶³ Cfr B.G.MATTARELLA, *La semplificazione amministrativa come strumento di sviluppo economico*, in *Astrid rass.*, 2019, n. 11, secondo il quale “gli interventi di semplificazione condotti attraverso norme generali sono spesso inefficaci, proprio perché si scontrano con diverse difficoltà di attuazione, innanzitutto con riferimento all'individuazione dei regimi amministrativi in cui sono effettivamente applicabili. Queste previsioni legislative generali non sono altro che “scorciatoie, che difficilmente conducono a destinazione”, “sintomi di pigrizia del legislatore”; OCCHIENA, *L'incidenza della semplificazione sul potere e sul procedimento amministrativo: riflessioni anche alla luce della nuova disciplina del commercio*, in *Dir. e Soc.* 1998, 475; TRAVI, *La riforma del procedimento amministrativo nella l. 537/93*, in *Le Regioni*, 1994, 1299.

¹⁶⁴ Cfr G. ACQUARONE, *La denuncia di inizio attività. Profili teorici*, Milano, 2001; Id., *La dichiarazione di inizio attività*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa* a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006, 281 e segg.; M.A. SANDULLI, *Effettività e semplificazioni nel governo*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

In entrambi i casi non sembra possibile parlare di accelerazione procedimentale, ma di assenza procedimentale o di "mutilazione" del procedimento nel suo momento finale¹⁶⁵.

Quelli sopra indicati rappresentano un esempio degli svariati modelli di semplificazione del procedimento amministrativo.

Il tratto comune di tali modelli è quello di investire il procedimento amministrativo sia internamente che esternamente.

In un caso, agendo per esempio in ogni fase procedimentale, come nel caso dell'art. 16 della legge 241/90¹⁶⁶; prevedendo dei metodi di ponderazione contestuale degli interessi da parte di diverse amministrazioni coinvolte nel procedimento o la possibilità di stipulare accordi procedimentali tra privati e pubblica amministrazione¹⁶⁷.

del territorio: spunti problematici, in *Dir. Amm.*, 2003, 507 e seg.; Id, *Denuncia di inizio attività*, in *Riv. Giur. Edil.*, 2004, 121 e segg.; Id., Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione a rischio, in *Riv. Giur. Edil.*, 2010, 465 e segg.; R. DE NICTOLIS, *Natura giuridica della denuncia di inizio attività in materia edilizia e tutela del terzo*, in *Urb. e Appalti*, 2003, 1374 e segg.; R. GIOVAGNOLI, *Dia e silenzio assenso dopo la L. n. 80/2005*, in *Urb. e Appalti*, 2005, 1001 e segg.; P. MARZARO GAMBA, *La denuncia di inizio attività edilizia. Profili sistematici, sostanziali e processuali*, Milano 2005; Id., *La nuova disciplina della dichiarazione di inizio attività*, in *www.giust.amm.it*, 2005; W. GIULIETTI, *Dichiarazione di inizio attività*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla L. n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005 a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, TORINO, 2005, 370 e segg.*; Id., *Attività privata e potere amministrativo. Il modello della dichiarazione di inizio attività*, Torino, 2008. A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di 'certezza': problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in FRACCHIA - OCCHIENA (a cura di), *I sistemi di certificazione tra qualità e certezza*, Milano, 2006, 23 ss. In termini generali, sulla funzione di certificazione delle pubbliche amministrazioni, cfr. GIANNINI, *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, 769 ss. e A. FIORITTO, *La funzione di certezza pubblica*, Padova, 2003; BENVENUTI, *Crisi dello Stato e problemi della montagna*, in *Dir. ec.*, 1993, 561; DE MINICO, *Note sui artt. 19 e 20 della legge 241/90*, in *Dir. amm.*, 1993; TRAVI, *Silenzio assenso e legittimazione ex legge nella disciplina delle attività private in base al d.p.r. 26 aprile 1992 n. 300*, in *Foro amm.*, 1993.

¹⁶⁵ FERRARA, *op. ult. Cit.* 327.

¹⁶⁶ Si veda in proposito SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014; *Cons. St. comm. Spec. Pubbl. imp., Parere*, 5-11-2001, n.480/00, in *Foro It.*, 2002, III,236 con nota di VIDETTA.

¹⁶⁷ È il caso delle conferenze di servizi e degli accordi procedimentali oggetto di frequenti e rilevanti modifiche tra cui quelle più rilevanti apportate dalle seguenti leggi: l. 15.5.1997, n. 127, l. 24.11.2000, n. 340, l. 11.2.2005, n. 15, l. 18.6.2009, n. 69.; Il d.l. 31.5.2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla l. 30.7. 2010, n. 122, il d.l. 12.9.2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla l. 11.11.2014, n. 164, D.lgs. 30 giugno 2016, n. 127. Tra la vastissima bibliografia si veda in proposito: BATTINI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, Nel Diritto Editore, 2016, BENEDETTI, *L'attuazione della nuova conferenza di servizi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2017; D'ORSOGNA, *La conferenza di servizi*, in Scoca F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, V ed., Torino, 2017, 240 ss; CARBONARA., *La nuova conferenza di servizi: la complessa ricerca della semplificazione, tra composizione degli interessi e celerità decisionale*, in *GiustAmm.it*, n. 10/2016; DE LUCIA., *La conferenza di servizi nel d. lgs. 30 giugno 2016, n. 127*, in *Riv. giur. urb.*, n. 1/2016 CONTE - DE PAOLIS, *La conferenza di servizi*, in Sandulli M.A. (a cura di), *Principi e Regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, 377 ss; STICCHI DAMIANI, *Conferenza di servizi*, in *Diritto on line* 2015; FACCHINI, *La conferenza di servizi*, in *Azienditalia*, 2011, 467 ss AMOROSINO, *La semplificazione amministrativa e le recenti modifiche normative alla disciplina generale del*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Nell'altro caso snellendo la documentazione amministrativa¹⁶⁸, valorizzando le dichiarazioni sostitutive, prevedendo incentivi per i dipendenti pubblici che promuovano il miglioramento dell'efficienza delle strutture di appartenenza ed, infine, utilizzando le tecnologie informatiche¹⁶⁹.

In tale percorso s'innesta anche la digitalizzazione dell'Amministrazione, i cui inizi risalenti agli anni '90 trovano consolidamento con il Testo unico sulla documentazione amministrativa (DPR 445/2000), prima, e con l'adozione del Codice dell'Amministrazione Digitale (D.lgs 82/2005 e s.m.i.).

La visione dei destinatari dell'azione amministrativa come utenti si riverbera anche sull'utilizzo delle tecnologie informatiche tant'è che si inizia a configurare il "servizio online" per cittadini e imprese come strumento primario trainato anche dallo sviluppo tecnologico della società che iniziava a correre richiedendo un adeguamento del modello organizzativo del sistema informativo della pubblica amministrazione che ha nel "digitale" ha il suo riferimento amministrativo, oltre che operativo.

Nasce l'e-Government primo modello adottato nella pubblica amministrazione nato con la determinazione del Consiglio Europeo di Lisbona nel 2000¹⁷⁰, orientato al front-

procedimento, in Foro amm.-TAR, 2005, 2635 ss.; CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2016, CARTEI, *Servizi (conferenza di)*, in Dig. pubbl., XIV, Torino, 1999, 65 ss.; CIVITARESE MATTEUCCI, *Conferenza di servizi*, in Enc. dir., Ann, II, Milano, 2008, 271 ss.; COCOZZA, *Il provvedimento finale nella conferenza di servizi*, in Dir. amm., 2012, 503 ss.; COCOZZA, *La decisione plurale in conferenza di servizi*, Napoli, 2012 CORTESE, *Il coordinamento amministrativo: dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012, spec. 55 ss. PAGLIARI, *La conferenza di servizi*, in Sandulli, M.A., a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 607 ss.; PERICU, *Procedimenti ed accordi nell'amministrazione*, in Dir. amm., 1997, 523; Si veda F.G. SCOCA, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in Dir. Amm., 2/99,255 ; STAFFINI, *La conferenza di servizi nell'ordinamento amministrativo: profili ricostruttivi*, op. cit; PERICU, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Diritto Amministrativo*, II,1351 ss.; CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in Riv. trim. dir. pubbl., 2001, 601 ss.; DE LUCIA-LUCIANI, *Contributo allo studio della conferenza di servizi decisoria*, in *Scritti in onore di G. Guarino*, I, Milano, 1998.; PIACENTINI, *Verso un'effettiva accelerazione delle opere pubbliche*, in Riv. Trim. Appalti, 1987,1484; COSENTINO- FRASCA, *Conferenza di servizi e sportello unico per le attività produttive*, Milano, 1999, 26 ss.; OLIVERI, *La conferenza di servizi nel progetto di legge di semplificazione*, in *www.Giust.it.*; PASTORI, *La disciplina generale dell'attività amministrativa. Considerazioni introduttive*, in *Quaderni Regionali*, 1987, spec. 903; *Id.*, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, II, 1303 e segg.; FALCON, *L'autoamministrazione dei privati*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, (Atti del XLII Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione, Varenna), Milano, 1997, 139 e segg.

¹⁶⁸ Così come previsto prima dalla l.15 maggio 1997 n.127 e dal Dpr. 445/00 recante il testo unico sulla documentazione amministrativa.

¹⁶⁹ SORACE, *un bilancio del passato e un'agenda per il futuro: il funzionamento delle procedure della P.A. in Italia*, in *Riformare la pubblica amministrazione*, Torino 1995, 47 ss.; sull'applicazione delle tecnologie informatiche all'attività amministrativa si veda SIINO, *Pubblica amministrazione e tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT)*, Palermo, 2002.; CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, 2001, 425.

¹⁷⁰ Prevedeva l'erogazione di "servizi online" su più livelli di interattività:



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

office, che richiedeva (e richiede) una sottostante struttura di back-office per l'interoperabilità e la cooperazione che si sostanziava inizialmente nella costituzione di in una rete fra pubbliche amministrazioni.

Successivamente cambia l'approccio passando all'open-Government, fondato sulla concezione di un sistema amministrativo e di governo costruito e sviluppato su principi di trasparenza, partecipazione e collaborazione. Un'amministrazione aperta verso cittadini e imprese, ma ancor capace interoperare fra differenti livelli amministrativi e di governo e fra tutti i soggetti che concorrono all'azione amministrativa, decisionale e di controllo¹⁷¹.

Rispetto all'e-Government, il baricentro dell'open-Government è spostato all'interno della PA, ridefinendo il modello organizzativo, il sistema informativo a supporto dell'azione amministrativa e di governo, le modalità di gestione e di interazione dei servizi.

In tale contesto nasce l'esigenza della creazione (cd atti nativi digitali) o trasformazione degli atti e documenti amministrativi in un formato elettronico, informatico o digitale che li renda gestibili accessibili e quindi condivisibili, in modo rapido.

In forza di ciò oggi si parla di "servizi in rete" e di "clouding" per l'accesso attraverso reti telematiche a documenti, informazioni, dati e servizi resi disponibili tramite portali web e applicazioni informatiche delle pubbliche amministrazioni e delle società a capitale pubblico (art. 2, comma 2 del Codice) oltre che, nella maggior parte dei casi, anche dai gestori di servizi pubblici¹⁷².

-
- 1.dalla semplice disponibilità delle informazioni,
 - 2.alla possibilità di scaricare i moduli richiesti per un determinato procedimento,
 - 3.all'avvio del procedimento stesso con la presentazione telematica dell'istanza, segnalazione, comunicazione,
 - 4.fino al completamento in rete dell'intero iter procedurale, compresi eventuali pagamenti dovuti, cui si è aggiunta la possibilità di esprimere e rilevare la customer satisfaction.

¹⁷¹ Il terzo Piano di azione 2016-2018 dell'Open-Government in Italia, elenca i principi ispiratori di tale concezione: trasparenza, cittadinanza digitale, partecipazione dei cittadini e responsabilità, da parte degli amministratori che impiegano risorse finanziarie pubbliche, di rendicontarne l'uso sia sul piano della regolarità dei conti sia su quello dell'efficacia della gestione.

Sotto il profilo organizzativo e operativo, le azioni e gli strumenti da perseguire per l'attuazione dell'open-Government sono:

- la gestione informatizzata dei procedimenti amministrativi e di governo;
- la pubblicazione di atti, dati e documenti per la trasparenza e la legalità;
- la disponibilità di servizi informatici e telematici per:
 - la presentazione di istanze, segnalazioni e comunicazioni e la partecipazione al procedimento amministrativo;
 - l'accesso agli atti, ai dati e ai documenti della pubblica amministrazione;
 - la certificazione di stati, fatti e qualità;
 - i pagamenti elettronici e informatici (pagoPA) verso la PA;
- l'accesso identificato ai servizi telematici che lo richiedono tramite il Sistema pubblico di Identità Digitale – SPID, e gli altri strumenti per l'autenticazione informatica definiti dalla norma (CIE/CNS);
- la pubblicazione di dati pubblici in formato aperto (open-data) per la consultazione ed il libero riutilizzo. Cfr open.gov.it

¹⁷² Il Codice dell'Amministrazione Digitale all'art 63, dedicato all' "Organizzazione e finalità dei servizi in rete", con riferimento ai soggetti di cui all'articolo 2 comma 2 stabilisce : Le pubbliche



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

L'avvento della pandemia ha causato un'ulteriore accelerazione che ha richiesto un'immediata azione responsiva da parte di tutti gli Stati, attraverso l'adozione di misure a largo spettro per far fronte all'emergenza sanitaria ed economica.

La digitalizzazione assume un valore trasversale del nuovo sistema includendo la piattaforma per la selezione e il reclutamento delle persone alla formazione, la gestione dei procedimenti amministrativi ed il loro monitoraggio, fino all'interoperabilità tra le banche dati.

Gli interventi e le misure dedicate alla transizione digitale sono contenute nel D.L. n. 77/2021, c.d. "decreto semplificazioni" convertito con L.108/2021¹⁷³, che costituisce una tappa importante lungo il percorso di transizione digitale che sta attraversando il paese, ed operano attraverso norme di semplificazione amministrativa e soprattutto con interventi in materia di comunicazioni elettroniche, identità e domicilio digitali, esercizio del voto elettronico, interoperabilità delle banche dati e migrazione dei dati pubblici sul cloud.

Si può quindi ritenere che i differenti strumenti di semplificazione e di digitalizzazione vengono utilizzati per operare un coordinamento tra la cosiddetta "ansia di provvedere"¹⁷⁴ e le esigenze di pubblicità dell'azione amministrativa cui si collegano una serie di necessità: rendere evidenti le ragioni di una scelta; consentire ai cittadini la possibilità di poter fornire il proprio apporto collaborativo in modo tale che il provvedimento finale sia il risultato di un'attività istruttoria completa, all'interno della quale tutte le posizioni interagenti siano state valutate in modo completo ed esaustivo.

Alla luce di ciò non può che rilevarsi come il rapporto tra procedimento da un lato,

amministrazioni "... individuano le modalità di erogazione dei servizi in rete in base a criteri di valutazione di efficacia, economicità e utilità e nel rispetto dei principi di eguaglianza e non discriminazione, tenendo comunque presenti le dimensioni dell'utenza, la frequenza dell'uso e l'eventuale destinazione all'utilizzazione da parte di categorie in situazioni di disagio" Pertanto, "... progettano e realizzano i servizi in rete mirando alla migliore soddisfazione delle esigenze degli utenti, in particolare garantendo la completezza del procedimento, la certificazione dell'esito e l'accertamento del grado di soddisfazione dell'utente. A tal fine, sono tenuti ad adottare strumenti idonei alla rilevazione immediata, continua e sicura del giudizio degli utenti ..." (comma2).

E ancora, "Le pubbliche amministrazioni collaborano per integrare i procedimenti di rispettiva competenza al fine di agevolare gli adempimenti di cittadini ed imprese e rendere più efficienti i procedimenti che interessano più amministrazioni, attraverso idonei sistemi di cooperazione" (comma 3). Tale previsione è proiettata verso un orizzonte ben più complesso e articolato, denominato "verso Italia Login".

¹⁷³ Legge 29 luglio 2021, n. 108 Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, recante governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure, in G.U. Serie Generale n.181 del 30-07-2021 - Suppl. Ordinario n. 26.

¹⁷⁴ CASETTA, op. ult. Cit. 426.che in proposito afferma:"..emerge un abbozzo di soluzione del conflitto tra le esigenze diverse sopra rilevate (efficienza ed efficacia da un lato, garanzia e pubblicità dall'altro): forse inizialmente destinate a convivere nel procedimento, esse oggi si assestano tendenzialmente secondo un rapporto di prevalenza dell'ansia di provvedere rispetto ai valori di garanzia, pubblicità e completezza dell'istruttoria"; si veda anche CASETTA, *La difficoltà di "semplificare"*, in *Dir. amm.*,1998,335.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

semplificazione e digitalizzazione dall'altro, sia caratterizzato dal perseguimento di un risultato il cui valore non può certo coincidere con l'affermazione: "ciò che conta è provvedere"¹⁷⁵.

Attenta dottrina aveva già affermato che, in ultima analisi, il risultato dell'agere amministrativo sarà dato dalla soddisfazione e dal rispetto dei beni concreti della vita ad opera della pubblica amministrazione¹⁷⁶.

Quanto detto può far intendere il risultato come combinazione tra ragionevolezza del procedimento e proporzionalità del provvedimento conclusivo: tanto più all'interno del procedimento saranno stati bilanciati tutti gli interessi in esso coinvolti, tanto più la misura del provvedimento finale apparirà idonea allo scopo perseguito dalla pubblica amministrazione¹⁷⁷.

3. Lo sportello unico: uno strumento di coordinamento tra semplificazione e digitalizzazione procedimentale

Gli aspetti sin qui indicati delle riforme amministrative e della semplificazione e digitalizzazione procedimentale hanno già trovato concreta applicazione in un istituto particolare per il panorama amministrativo italiano: lo sportello unico.

Tale forma organizzativo-procedimentale, denominata anche punto di contatto unico (mutuando il termine utilizzato in sede comunitaria)¹⁷⁸, costituisce lo strumento più adatto

¹⁷⁵ LEDDA, *Dal principio di legalità al principio d'infalibilità dell'amministrazione*, in *Foro amm.*, 1997, 3303 ss.

¹⁷⁶ Si veda IANNOTTA, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. Amm.*, 1999, 57 ss; Id., *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. Amm.*, 1998, 299 ss.

¹⁷⁷ Si veda in proposito FERRARA, *op. ult. Cit.*, 111: "Il risultato può dirsi conseguito allorchè il bisogno, il bene della vita cui il privato aspira appaia soddisfatto a conclusione di un procedimento ragionevole perfezionatosi con l'emanazione di un provvedimento proporzionato"; A titolo di esempio si veda in proposito la recente giurisprudenza. *Consiglio Stato sez. IV*, 24 settembre 1997, n. 1009 in *Foro amm.* 1997, 2289 *Cons. Stato* 1997, I, 1206 laddove si dice che: "La pubblica amministrazione preposta all'adozione di un atto ablativo (nel caso di specie espropriazione su istanza di un albergatore di area attigua ad albergo per la realizzazione, a favore di quest'ultimo, di un giardino solarium con accesso diretto al mare) non può limitarsi al mero riscontro formale in ordine al possesso dei requisiti di ordine soggettivo ed oggettivo legittimanti la proposizione della richiesta di esproprio, ma deve verificare, alla luce della vigente legislazione e richiamandosi ad un principio di ragionevolezza, quali effetti determinerebbe - ove concesso - il provvedimento de quo e quali potrebbero essere le sue incidenze sull'assetto del territorio (nel caso di specie l'albergo di cui si chiedeva l'ampliamento attraverso procedura espropriativa era frutto di abuso edilizio non suscettibile di sanatoria)"; PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro Amm.*, 1987, 3165 ss.

¹⁷⁸ Si veda in proposito la Raccomandazione del Consiglio 28 maggio 1990 n.90/246/CEE avente ad oggetto la semplificazione dei procedimenti amministrativi per le imprese, all'interno della quale è dato rinvenire l'istituzione di punti di contatto unici.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

attraverso il quale si può realizzare, nel modo migliore, la semplificazione e la digitalizzazione amministrativa, sia dal punto di vista organizzativo che procedimentale.

In tale direzione si era già mosso prima il decreto legislativo 31 marzo 1998, n.112 le cui disposizioni dedicate allo sportello unico per le attività produttive, intervengono in modo drastico all'interno dell'ordinamento italiano, introducendo notevoli misure di snellimento dell'attività amministrativa, successivamente con la legge 133 del 2008 di conversione del D.l. 112/08, e con il D.lgs 59/2010 poi al quale è stata data concreta attuazione con il Dpr. 160/2010¹⁷⁹. A ciò si è aggiunto lo sportello unico per l'edilizia di cui al D.p.r. 380/01.

La nuova Agenda per la semplificazione 2020-2023 nata sulla base di quanto previsto dal Decreto Legge 16 luglio 2020, n. 76 cita espressamente un "Sistema SUAP" e più recentemente è intervenuto anche il D.lgs. 30 novembre 2021 n. 199 che all'art 19 parla di piattaforma unica (o sportello dell'energia SUDER), per i procedimenti relativi all'insediamento di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili.

Principio guida di tali riforme è stata l'esigenza di ridurre costi, posti in essere da vincoli burocratici che hanno caratterizzato per molto tempo i procedimenti amministrativi lunghi e farraginosi ma ciò che non emerge *ictu oculi* è l'assetto organizzativo-procedimentale derivante dall'implementazione di tale istituto.

L'istituzione dello sportello unico risponde proprio all'esigenza prima indicata ed ai principi provenienti dall'Unione Europea, che ha rilevato come i vincoli amministrativi incidono pesantemente sulla concorrenzialità delle imprese italiane.

Attraverso lo sportello unico¹⁸⁰ viene individuato un unico soggetto cui l'interessato esclusivamente in modo telematico¹⁸¹ possa rivolgersi per avere informazioni e autorizzazioni necessarie all'attività che intende esercitare, senza dover necessariamente individuare la normativa di riferimento e soprattutto senza dover "migrare" da un'amministrazione all'altra per l'acquisizione dei vari nulla-osta, pareri ed autorizzazioni¹⁸².

La normativa di riferimento e parte della dottrina¹⁸³ utilizzano i termini di struttura e

¹⁷⁹ Decreto del Presidente della Repubblica 7 settembre 2010, n. 160 „Regolamento per la semplificazione ed il riordino della disciplina sullo sportello unico per le attività produttive, ai sensi dell'articolo 38, comma 3, del decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008 in G.U. n. 229 del 30 settembre 2010.

¹⁸⁰ FACCHINI, *Enti locali. Lo sportello unico per le attività produttive*, Milano, 2000; MIELE, *Lo sportello unico snellisce le procedure*, in *Guida al diritto*, 46.

¹⁸¹ In particolare i commi 2 e 3 dell'art .2, nonché l'art 4 del Dpr 160/2010 prevedono che le domande, le dichiarazioni, le segnalazioni e le comunicazioni concernenti le attività di cui al comma 1 ed i relativi elaborati tecnici e allegati sono presentati esclusivamente in modalità telematica così come lo stesso SUAP provvede all'inoltro telematico della documentazione alle altre amministrazioni che intervengono nel procedimento, le quali adottano modalità telematiche di ricevimento e di trasmissione.

¹⁸² Si veda CICI, *Industria, sportello unico per le imprese, camere di commercio*, in *Giornale di diritto amministrativo* 9/ 96, 814.

¹⁸³ "si tratta di una struttura di raccolta senza alcun potere decisionale quanto al merito delle autorizzazioni raccolte" Si veda RAPISARDA SASSOON CRISTINA, *La faticosa strada della semplificazione in materia ambientale*, in *Ambiente*, 1998,10, 818; "Struttura di puro coordinamento



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

di sportello come se fossero sinonimi, in verità è necessario operare una netta distinzione, dato che si tratta di due realtà distinte ma complementari tra loro.

In particolare l'articolo 24.2 del decreto legislativo 112 del '98, prevede che: "presso la struttura è istituito uno sportello unico", ed a tale disposizione faceva eco l'articolo 3 comma 1 del d.p.r. 447/ 98 ribadendo che la struttura si dota di uno sportello unico per le attività produttive e ,successivamente, l'art. 2 del d.P.R. 160–2010 secondo il quale è il lo sportello unico: "unico soggetto pubblico di riferimento territoriale per tutti i procedimenti che abbiano ad oggetto l'esercizio di attività produttive e di prestazione di servizi, e quelli relativi alle azioni di localizzazione, realizzazione, trasformazione, ristrutturazione o riconversione, ampliamento o trasferimento, nonché cessazione o riattivazione delle suddette attività".

Un ulteriore elemento, che differenzia le due realtà, è dato dalla diversità di competenze attribuite alla struttura ed allo sportello: alla prima viene attribuita la responsabilità dell'intero procedimento (articolo 24 d.lgs 112/98), mentre ai sensi degli artt. 24 comma 2 del decreto legislativo 112 /98 e 4 comma 4 del d.p.r. 160 del 2010, lo sportello unico cura l'accesso al proprio archivio informatico e fornisce informazioni disponibili al livello regionale, comprese quelle di carattere promozionale,¹⁸⁴ infine l'articolo 23 comma I del decreto legislativo 112 del '98 fa riferimento lo sportello come unità organizzativa¹⁸⁵.

L'articolo 4. del d.P.R. 160/10, non parla più di struttura e sportello (come l'art. 3 dell'abrogato d.P.R. 447–98), bensì di ufficio, sportello e strutturazione (art. 4. 4 secondo rigo), ma nella vigenza delle previsioni di cui agli artt 24 e 25 del d.lgs 112–98, appare possibile ritenere sussistenti entrambe le figure come soggetti distinti e separati costitutive dello SUAP ed aventi funzioni differenti.

La prima definibile come "responsabile dell'intero procedimento" (articolo 24. 1 decreto legislativo 112 del '98, 4. 4 e 7. 2 d.P.R. 160–2010), il secondo viene definito come unità organizzativa.

Struttura e sportello sono quindi due soggetti distinti e separati.

La prima è definita come "responsabile dell'intero procedimento" (articolo 24. 1 decreto legislativo 112 del '98), il secondo viene definito come unità organizzativa. Sembra quindi ovvio considerare lo sportello come ufficio (front office) della struttura unica (back office).

Sembra incontestabile che struttura-unica non voglia affatto dire ufficio unico, sia perché la definizione stessa di struttura non sembra compatibile con l'unicità di un ufficio, sia

con altre procedure autorizzatorie" RAPISARDA op. ult.cit.

¹⁸⁴ Per un'attenta disamina delle problematiche in tema di accesso e sportello unico si veda G.VIRGA, *Il contributo della telematica al processo di semplificazione e di trasparenza dell'azione amministrativa, alla luce della disciplina prevista in materia di sportello unico per l'attività produttive, Relazione al convegno di Teramo della 3 maggio 2000 su "lo sportello unico dell'attività produttive"*.

¹⁸⁵ si parla anche di articolazione organizzativa,SI VEDA DAMONTE, *Aspetti urbanistici della procedura sportello unico per le attività produttive ai sensi del d.p.r. 20 ottobre 1998 n. 447*, in *Riv. giur. ed.*, gennaio-marzo 2000, 57.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

perché le competenze attribuite dalla legge non sono esercitabili da un singolo ufficio, ciò si evince dall'articolazione del procedimento, cosiddetto "unico", che implica la partecipazione di diversi soggetti.

In conclusione, la struttura unica (sia nella forma singola che associata) singolarmente considerata, può rientrare nel novero delle strutture con criterio aggregativi-gerarchico caratterizzata da uffici di linea, mentre considerando il rapporto tra la struttura ubicata presso il comune e quelle ubicate presso le amministrazioni esterne coinvolte nell'operabilità dei procedimenti ove opera lo sportello o piattaforma unica disciplinati dal D.P.R. 160/2010, dal D.P.R. 380/2001 ed oggi dal D.lgs 199/21 si dovrebbe parlare di una struttura organizzativa disaggregata compiuta che riecheggia quelle organizzazioni a rete di respiro comunitario.

In particolare il rapporto che lega la struttura unica con le altre amministrazioni dovrebbe rientrare nell'ambito della direzione- coordinamento, dato che non sono riscontrabili i caratteri tipici della gerarchia, ossia i poteri di avocazione, di deleghe controllo ed il potere di decisione dei ricorsi gerarchici¹⁸⁶.

4. L'organizzazione a rete e la pubblica amministrazione

L'attenzione del PNRR è focalizzata sul concetto di reti informatiche e digitalizzazione, cui si aggiungono gli obiettivi di rafforzamento delle reti idriche, delle reti di raccolta differenziata, quelle di mobilità sostenibile, quelle sociali e di coesione ma nessun riferimento esplicito al concetto di reti organizzative e procedurali della pubblica amministrazione.

Invero le modalità di gestione ed attuazione del PNRR, laddove si definisce e disciplina una Struttura di Coordinamento che è anche punto di contatto unico con la Commissione Europea¹⁸⁷ e le regole che sovrintendono l'organizzazione procedimentale tramite gli sportelli unici rivelano una logica organizzativa basata su una figura denominata reticolo. Tale figura evidenzia come il reticolo amministrativo altro non è che un modo per

¹⁸⁶ Con tale termine si intende un rapporto di sovra-ordinazione caratterizzato però dal rispetto di una più o meno ampia sfera di autonoma determinazione dell'ufficio o ente subordinato. A potere d'ordine si sostituisce il potere di indirizzo, consistente nella fissazione di obiettivi da perseguire; GIANNINI, op. ult. Cit; MERUSI-CLARICH, *Direttiva*, in Enc. Giur. Treccani, XI, Roma, 1989, 3 ss; SCIULLO, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1993

¹⁸⁷ Il modello di governance del PNRR prevede una Struttura di Coordinamento centrale presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze con compiti di supervisione dell'attuazione del piano e di responsabilità sull'invio delle richieste di pagamento alla Commissione Europea. A questa Struttura si legano altre strutture di valutazione e di controllo. Sul piano generale, la fase di attuazione del PNRR si articola in modo da assicurare la realizzazione degli specifici interventi e delle riforme necessarie, cui provvedono, nelle rispettive competenze, le singole Amministrazioni centrali, nonché le Regioni e gli Enti Locali tenuto conto del settore di riferimento e della natura dell'intervento (cfr Piano. Azionale Ripresa e Resilienza pag. 5).



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

coordinare efficacemente gli istituti di semplificazione. Gli aspetti del tutto peculiari di tale modus operandi indicano una possibile soluzione del problema del coordinamento dei vari strumenti creati per attuare la semplificazione amministrativa.

Tale nuovo modo di concepire l'attività e l'organizzazione della pubblica amministrazione deriva, a parere di chi scrive, dall'influenza diretta di uno di quei modelli organizzativi comunitari citati in precedenza: le organizzazioni a rete.

L'influenza è stata così forte da trasformarsi in vera utilizzazione di tale modello specialmente nel caso in cui la realizzazione di un determinato fine veda coinvolti più soggetti ed a livelli differenti (comunitario, nazionale, locale e privato).

In sostanza attraverso l'organizzazione a rete, si rende possibile una compartecipazione della pluralità di soggetti coinvolti prescindendo dall'appartenenza e riferendosi, invece, alle differenti competenze (anche tecniche) possedute che li coinvolgono nella realizzazione del fine perseguito.

Così facendo si provvede a riunire, coordinare e far interagire soggetti (pubblici e privati) differenti con diverse competenze, ma che hanno in comune l'operatività nello stesso settore e con la prospettiva del raggiungimento di un fine comune¹⁸⁸.

In tale ambito, quindi, non esiste un unico centro ma più centri organizzativi riuniti dal rispetto di regole comuni che consentono che l'esercizio della funzione venga suddiviso tra la sfera pubblica e quella privata che operano in modo interdipendente¹⁸⁹. Questo sistema è detto, appunto, a rete ed è strutturabile in modi differenti a seconda del fine perseguito.

Il concetto di "rete" è divenuto sempre più presente in vari rami della scienza. Dalla microbiologia all'ecologia, dalla sociologia alla *business administration* tale termine assume un'importanza sempre maggiore.

Ovviamente ogni ramo della scienza che utilizza tale concetto lo adatta alla disciplina di riferimento il che comporta delle differenze concettuali sull'argomento tra le varie discipline. Nonostante ciò emerge un minimo comune denominatore che vede in primo luogo la rete quale riferimento principale "dell'architettura della complessità"¹⁹⁰, secondariamente si precisa che non esiste una forma unica di rete, bensì "reti" differenti.

All'interno del panorama amministrativistico italiano tale figura è ancora poco utilizzata nonostante autorevolissima dottrina avesse in passato già dato risalto a tale figura dandone anche una definizione del termine come: "figura organizzativa composta di uffici pubblici e caratterizzata da seguenti due elementi o tratti: appartenenza ad entità o apparati diversi e collaborazione o interdipendenza"¹⁹¹.

¹⁸⁸ si veda in proposito LIPPI, *Il policy making europeo come "rete"*, in *L'Europa delle reti*, a cura di PREDIERI- MORISI, Torino, 2001, 1ss.

¹⁸⁹ Si può parlare di multilateralità dell'azione amministrativa e di perdita di territorialità delle funzioni.

¹⁹⁰ Si veda in proposito KENIS – SCHNEIDER, *Policy networks and policy analysis:scrutinizing a new analytical tool box*, 25 ss, in MARIN –MAYNTZ, *Policy network:empirical evidence and theoretical considerations*, 1991, Frankfurt.

¹⁹¹ S. CASSESE, *Le reti figura organizzativa della collaborazione*, in *L'Europa delle reti*, a cura



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Tale concezione della rete avvicina l'Italia agli ordinamenti giuridici, in particolar modo quello statunitense-anglosassone e quello tedesco, all'interno dei quali tale termine risulta ampiamente impiegato¹⁹² sia nell'ambito del *policy making* che per esaminare le relazioni organizzative tra enti pubblici e tra enti pubblici e soggetti privati¹⁹³. Da tali studi emerge come dal punto di vista giuridico il termine "rete" possa essere inteso come un insieme relativamente stabile di relazioni che creano collegamenti, tra una varietà differente di soggetti in essa coinvolti, retti non dalla gerarchia ma dall'interdipendenza e legati dal convincimento che il perseguimento di un interesse comune possa essere realizzato nel modo migliore solamente sulla base di un'attività di cooperazione¹⁹⁴.

Tale concetto ha ovviamente risentito dei differenti approcci attuati dalle diverse scuole di pensiero collegate al New Public Management ovvero alla teoria sulla Governance.

Si deve precisare che secondo alcune concezioni dottrinarie sulle reti si suole operare una prima distinzione che consente di impostare un'analisi delle reti su piani differenti: uno prettamente qualitativo-quantitativo, l'altro basato su due differenti rappresentazioni della rete in rapporto agli interessi di cui si fanno portatori i soggetti in essa coinvolti.

In particolare l'analisi delle reti qualitativa o quantitativa non si preoccupa di evidenziare la struttura dell'interazione tra i soggetti ed i loro interessi, viceversa si pone l'accento sul contenuto delle singole interazioni¹⁹⁵.

La seconda dimensione dell'analisi delle reti, invece, si fonda su due distinte concezioni, una che identifica la rete come forma di intermediazione di interessi, che vede la rete come termine generico indicante diverse forme di relazioni tra portatori di interessi; l'altra che vede nella rete una specifica forma di *governance*.

Le scuole di pensiero, collegate al New Public Management, enfatizzano l'aspetto endo-organizzativo degli apparati amministrativi prendendo come unità elementare di riferimento l'ufficio se non addirittura l'individuo stesso. Inoltre le stesse sembrano

di PREDIERI-MORISI, Torino, 2001, 43-48.

¹⁹² A titolo di esempio si possono citare ATKINSON- COLEMAN, *Policy networks, policy communities and the problems of governance*, in ROGERS-WHITTEN, *Interorganizational coordination: theory, research and implementation*, Ames, Iowa: Iowa state university press.; KATZ-SHAPIRO, *Network externalities, competition and compatibility*, in *American economic review*, 1985, 75, 3, pp. 424-40; LAUMANN-PAPPI, *Networks of collective actions*, New York, 1976; ALDRICH, *Organizational sets, action sets and networks* in NYSTROM-STARBUCK, *Handbook of organizational design*, vol. I, 1991, London.; HJERN-PORTER, *Implementation structures: a new unit of administrative analysis*", in *Organizational studies* 2, 211-227.

¹⁹³ THURMAIER-WOOD, *Interlocal agreements as overlapping networks*, in *Public administration review*, September/October, 2002, vol. 62, n° 5, 585; PROVAN_MILWARD, *Do networks really work? A framework for evaluating public-sector organizational networks*, in *Public Administration review*, 2001, vol. 61, 414.; EDWARDS-EWALT, *Interorganizational coordination. Administrative consolidation*, in *Public administration review*, 1998, vol. 58, 417. HANSEN, *A "new institutional" perspective on policy networks*, in *Public administration*, vol. 75, Winter 1997, 669.

¹⁹⁴ Si veda in proposito BOGASON- TOONEN, *Introduction: networks in public administration*, in *Public Administration*, 1998, vol. 76, summer, 205.

¹⁹⁵ SCIARINI, *Elaboration of the Swiss agricultural policy for the GATT negotiations: a network analysis*, 1996.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

stigmatizzare un modello ideale di amministrazione-impresa al quale le moderne amministrazioni dovrebbero ispirarsi per migliorare la propria *performance*.

I referenti empirici del NPM, quindi, risultano essere le dinamiche organizzative interne agli uffici ed i rapporti tra gli uffici stessi¹⁹⁶.

In tale ambito i reticoli decisionali possono essere utilizzati come modello organizzativo e strumento di analisi delle relazioni tra strutture pubbliche senza alcun riferimento a soggetti privati. Attraverso tale modello è possibile ottenere uno spostamento della potestà decisoria, in merito al perseguimento di un interesse, da un punto ad un altro, da un soggetto monocratico a forme di coordinamento di tipo collegiale.

Le teorie sulla Governance si sono affacciate nel panorama dello studio delle riforme amministrative a partire dagli anni '80 e, a differenza della scuola del New Public Management, hanno posto l'accento sulle relazioni intercorrenti tra la pubblica amministrazione e l'ambiente esterno¹⁹⁷ esaminandole secondo finalità descrittive.

Le origini stesse di tale teoria che risalgono agli anni '60, trovano il loro vero sviluppo a partire dagli anni '70 quando si iniziò a concepire un quadro istituzionale in cui si dissolveva la centralità dello Stato a favore di immagini policentriche legate tra loro da un reticolo di relazioni: i network corporativi, gli iron triangles ed i policy network.

Nel decennio che va dagli anni '80 agli anni '90, la Governance trovò un ulteriore sviluppo grazie all'Unione Europea che, a parere di autorevoli studiosi, pose le basi per lo sviluppo di una "nuova struttura di Governance" basata sullo spostamento del potere decisionale dalle "arene" nazionali a quelle sovranazionali¹⁹⁸.

Le reti, così si chiamano tali strutture interorganizzative acentriche, costituiscono lo strumento principale per attuare il coordinamento dei processi decisionali all'interno dei quali la partecipazione da parte dei soggetti interessati è aperta e dinamica¹⁹⁹. Le caratteristiche principali delle reti sono tre: l'interdipendenza tra i soggetti pubblici e privati, le continue relazioni tra gli stessi per poter raccordarsi per il raggiungimento degli obiettivi e la condivisione di alcune regole di base²⁰⁰.

¹⁹⁶ FITZGERALD-PETTIGREW, *The new public management in action*, Oxford, 1996.

¹⁹⁷ Infatti le teorie basate sul NPM hanno come oggetto di analisi le peculiari relazioni organizzative di un ufficio e tra singoli uffici, viceversa le teorie basate sulla Governance studiano i rapporti tra strutture pubbliche ed altri "attori".

¹⁹⁸ MAYNTZ, *La teoria della Governance: sfide e prospettive*, in *Riv.it. sc. Pol.*, 1999, 1, pp.3-21; POWELL, *Neither market nor hierarchy: network forms of organization*, in *Research in organizational behaviour* 12, 295-336.

¹⁹⁹ Tra tutti si veda R.A.W. RHODES, *The New Governance: Governino without Government*, in *Political studies*, 1996, 44, 652-667; dello stesso autore *Understanding governance: policy networks, governance, reflexivity and accountability*, Buckingham, 1997; *Policy networks: a British perspective*, in *Journal of theoretical politics* 2, 3, 293-317; KICKERT-KLIJN, *Managing complex networks. Strategies for the public sector*, London, 1997.

²⁰⁰ La nascita della rete si deve al fallimento dei modelli di direzione centralizzati, ciò anche alla cosiddetta europeizzazione dei processi decisionali, che hanno portato proprio alla creazione di modelli decentrati caratterizzati da strutture pubbliche e private che interagiscono, scambiandosi informazioni, per la realizzazione di un interesse comune. R.A.W. RHODES op. ult. Cit.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

In forza di ciò si possono notare le differenze intercorrenti tra la scuola del New Public Management e quella della Governance.

La prima studia le dinamiche organizzative interne alla pubblica amministrazione vincolandole alla realizzazione degli obiettivi secondo criteri di efficienza ed efficacia, la seconda supera le dimensioni interne della pubblica amministrazione ponendo l'accento sui rapporti tra soggetti differenti pubblici e privati.

Nelle strutture di governance, quindi, esisterebbero una pluralità di attori, ognuno portatore di un proprio interesse, ma attraverso i networks decisionali si arriverebbe alla selezione dell'interesse prevalente da soddisfare.

Trasponendo tale concetto all'interno della pubblica amministrazione emerge come attraverso tale concezione l'immagine dell'organizzazione interna della pubblica amministrazione diventa un sottoprodotto delle relazioni con l'ambiente esterno.

In tal modo cambia la visione stessa della pubblica amministrazione che può essere raffigurata non più come soggetto posto in posizione sovraordinata (gerarchica) rispetto ai referenti privati, ma come soggetto rientrante nel reticolo organizzativo all'interno del quale sono presenti altri soggetti che prendono parte alla realizzazione dell'interesse perseguito.

Guardare la pubblica amministrazione attraverso il filtro delle teorie sulla Governance consente di enfatizzare due fondamentali aspetti dell'agire amministrativo: la trasparenza e la partecipazione.

Resta infine da esporre brevemente la teoria della scuola dell'intermediazione d'interesse. Secondo tale scuola la rete è una figura concepita come insieme di relazioni intercorrenti tra soggetti pubblici e privati, naturalmente sussistono differenti tipologie di rete ognuna caratterizzata da propri criteri distintivi.

Alcuni autori basavano la loro tipologia esclusivamente su tre criteri guida: il livello di istituzionalizzazione, il numero dei partecipanti e la portata degli accordi²⁰¹. Non sono mancati quegli studiosi che hanno individuato un numero maggiore di tipologie di reti aggiungendo ai caratteri sopra elencati le regole di condotta, le strategie degli attori, la funzione esercitata, le relazioni tra poteri, la struttura organizzativa²⁰².

Un'ulteriore distinzione tra tipologie di reti è quella intercorrente tra reti omogenee ed eterogenee, nelle prime gli attori coinvolti sono tutti accomunati da interessi omogenei, nelle seconde invece i soggetti coinvolti sono portatori di interessi differenti. In tale ultima ipotesi l'interdipendenza tra i soggetti coinvolti è caratterizzata dalla ricerca di una mediazione tra tutti gli interessi coinvolti nel reticolo.

Quel che emerge dopo questa breve sintesi è che la concezione delle reti come intermediazione di interessi viene vista come strumento analitico per esaminare i cambiamenti dei rapporti tra amministrazione e società, il ruolo giocato dai soggetti privati e

²⁰¹ JORDAN-SCHUBERT, *A preliminary ordering of policy network labeling*, in *European journal of political research*, 1992, pp.7-28 ; Id. *Policy networks*, in *European journal of political research special issue*, 1992, 21, pp.1-2.

²⁰² WAARDEN, *Dimensions and type of policy networks*, in JORDAN-SCHUBERT op. Ult. Cit., pp.29-52.



pubblici e le relazioni (formali ed informali) intercorrenti tra loro.

In breve il concetto di rete come intermediazione di interessi si preoccupa di descrivere il contesto ed i fattori che portano all'adozione di una decisione, utilizzando come unità di analisi il singolo atto individuale adottato dai soggetti coinvolti nel reticolo.

Su un piano differente si pone la visione delle reti come espressione di Governance, infatti la rete viene concepita non come strumento per analizzare solamente i singoli fattori decisionali, bensì come l'insieme delle relazioni interorganizzative e la struttura dei processi che portano all'adozione della decisione finale.

Secondo questo punto di vista i networks legano tra loro, attraverso interazioni informali, quei soggetti pubblici e privati titolari di interessi differenti, per arrivare all'adozione di una decisione a livello centrale ma non gerarchico²⁰³. Invece che emanare da un'autorità centrale la decisione è costituita da un processo che coinvolge una pluralità di soggetti pubblici e privati²⁰⁴.

Le reti sono in grado di produrre intenzionalmente il superamento dei disaccordi tra i membri che sono portatori di interessi divergenti e questo avviene utilizzando vari strumenti quali gli accordi volontari che creano collegamenti informali tra le arene di decisione inter e intra-organizzative; mediante le strutture istituzionalizzate di coordinazione ovvero collegando differenti organizzazioni indipendentemente dalle relazioni formali tra loro intercorrenti.

Le reti non servono direttamente per il decision making, ma per l'informazione, comunicazione e per l'esercizio di influenza nella preparazione delle scelte.

5. Le reti come strumento delle relazioni tra strutture pubbliche e private nella formazione del decision making amministrativo

Il fenomeno organizzativo delle reti, mette in discussione le modalità di lettura più tradizionali delle forme organizzative delle Pubbliche Amministrazioni.

Per comprendere a fondo il funzionamento delle organizzazioni a rete, infatti, è necessario comprendere le dinamiche delle reti tra i soggetti pubblici.

E' noto che il soggetto pubblico si caratterizza per essere fortemente interconnesso con numerose categorie di portatori di interessi, che ruotano attorno all'interesse pubblico perseguito dalla stessa.

Tali interconnessioni fanno pensare a quale dovrebbe essere il ruolo dell'amministrazione (precedente) nella rete è una questione rilevante che, tuttavia, può essere affrontata solo dopo aver acquisito piena consapevolezza dell'esistenza di tali reti sia quelle formalmente costituite, sia quelle implicite.

In modo particolare si pone il problema di stabilire se e come "governare" un sistema

²⁰³ Si veda KENIS-SCHNIDER op. ult. Cit.

²⁰⁴ In tal senso MAYNTZ op. ult. Cit.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

a rete. Orbene se “governare”, significa dirigere, amministrare detenendo il potere esecutivo o svolgere le funzioni di governo, allora dirigere e amministrare, si lega ad un’idea di un’organizzazione tipicamente gerarchica, tipica di una concezione burocratica dell’Amministrazione Pubblica, poco attuale e non coerente con le caratteristiche delle reti. Ove invece la concezione di governare sia intesa in modo più ampio ossia ritenendo validi vari modi di gestire l’interdipendenza tramite le figure del coordinamento, della collaborazione ed oggi della cd condivisione delle scelte, allora si potrà parlare di governo dei sistemi a rete.

Ciò non implica l’abbandono dei modelli risalenti per aprirsi a nuovi modelli, poiché il modello burocratico continua a essere il modello utile per ottenere efficienza e tutela dei diritti in contesti statici e caratterizzati dall’esistenza di chiare dipendenze gerarchiche. Si tratta solo di provocare una vera e propria osmosi tra due concezioni per facilitare il conseguimento di condizioni di equilibrio con le reti, che sono, instabili e prive di relazioni gerarchiche evidenti.

In effetti pare proprio che, anche alla luce delle recentissime riforme, si stia migrando da un approccio rigido caratterizzato da un ampio utilizzo di procedure formalizzate predeterminate e standardizzate, ad un approccio misto e più dinamico dove convivono soggetti differenti, sia pubblici che privati portatori di interessi propri, legati tra loro sia da un rapporto di collaborazione ed interdipendenza²⁰⁵ che dalla presenza di regole comuni attraverso cui si arriva all’adozione di una decisione.

Tale decisione si colloca all’interno di un processo caratterizzato dalla presenza di molteplici referenti ed è attraverso la mediazione tra gli interessi in gioco che si seleziona quello prevalente da soddisfare.

La mediazione tra gli interessi coinvolti nel processo decisionale viene realizzata in modi differenti, tra questi ne emergono due in particolare: il primo si caratterizza per la dinamicità, ossia la mediazione si svolge attraverso le relazioni intercorrenti tra i soggetti dotati di autonomi a e interessi da realizzare; il secondo, statico, attraverso il ricorso a processi di coordinamento di tipo collegiale (es. conferenze di servizi) all’interno dei quali si svolge contemporaneamente sia la mediazione che la selezione dell’interesse da soddisfare.

La rete, quindi, è definibile:

- come “figura organizzativa” caratterizzata non dalla gerarchia ma dall’interdipendenza cooperativa;
- come strumento di analisi delle relazioni tra strutture pubbliche in ordine allo spostamento della potestà decisionale da organi monocratici ad organi collegiali;

²⁰⁵ Sono stati empiricamente individuati vari tipi di collaborazione in cui presenziano le reti: tra uffici pubblici di entità diverse che dividono i propri compiti distinguendo fini e mezzi; tra uffici pubblici separati, dei quali uno svolge un ruolo maggiore ma sempre strumentale; tra uffici separati ma posti su un piano paritario, in tale ambito i soggetti operano con proprie norme, strumenti e fini che però coincidono con quelli di altri uffici per cui si rende necessaria una collaborazione caratterizzata dallo scambio di informazioni per agevolare lo svolgimento delle funzioni. Si veda in proposito S.CASSESE op. ult. Cit.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

- come strumento di analisi delle relazioni tra strutture pubbliche e private in ordine alla partecipazione delle stesse al *decision making*.

Utilizzando tale sistema per analizzare le riforme che hanno caratterizzato il panorama amministrativo italiano nell'ultimo trentennio, emergono due fattori di riflessione fondamentali: il primo è costituito dall'unione dei principi di cui alle leggi sul procedimento amministrativo (trasparenza, partecipazione, accesso) ed alle leggi sulla semplificazione con i dettami del NPM, tale intreccio ha spostato l'attenzione sull'importanza della partecipazione dei cittadini in ordine formazione della decisione amministrativa che li vede come destinatari.

Il secondo è costituito dall'avvento delle riforme a partire dagli anni 2000 corroborate da quella del titolo V della Costituzione intervenuta con la Legge costituzionale 18 ottobre 2001 n°3, che ha notevolmente incrementato le prerogative delle regioni e degli enti locali in ordine alle funzioni amministrative e quindi al procedimento amministrativo stesso.

Le riforme sopra citate hanno creato uno scenario abbastanza settoriale che ha favorito l'ingresso di processi decisionali di tipo policentrico e reticolare, svincolati da quei modelli incentrati sulla gerarchia, all'interno dei quali partecipano differenti soggetti, pubblici e privati, che intervengono con diversi gradi di legittimazione all'interno delle maglie della rete.

All'interno dei reticoli decisionali è riscontrabile anche la presenza di soggetti a composizione collegiale, per consentire che il coordinamento tra le differenti unità appartenenti ai diversi enti territoriali costitutivi della Repubblica²⁰⁶ e quindi il procedimento decisionale, avvenga in tempi più rapidi consentendo comunque l'interazione tra enti pubblici e organizzazioni private (ad esempio strutture di controllo ambientale, movimenti di cittadini, ecc....) su un piano orizzontale e non più verticale.

L'amministrazione in aderenza alle norme costituzionali, non opera solamente all'interno di un'organizzazione chiusa, ma interpreta differenti ruoli in un complesso modello d'interazione tra soggetti pubblici, tra soggetti pubblici ed organizzazioni private, e in un modello cooperativo coinvolgente i cittadini. Questi ruoli devono essere delicatamente bilanciati tenendo conto del valore della competitività- dove il limite estremo è costituito sempre dal collegamento alle norme costituzionali.

6. Conclusioni

Dalle considerazioni precedentemente rassegnate emerge un particolare profilo evolutivo che ha caratterizzato il panorama istituzionale del nostro ordinamento. Il periodo che va dal 1990 al 2020 ha costituito la svolta che segna il passaggio da un'amministrazione ancora concepita come autoritativa, ad un'amministrazione più demarchica e reticolare.

²⁰⁶ Si veda l'art. 114 Cost., comma 1, così come novellato dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n°3.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Il 1990 ha rappresentato, e tuttora rappresenta, un anno fondamentale per il sistema amministrativo italiano, infatti con la legge 241/90 il procedimento amministrativo veniva regolato in modo certo e venivano finalmente codificati, a tutela dei cittadini, quei principi regolatori dell'azione amministrativa. Ciò ha avviato un lento e graduale cammino, che è stato leggermente accelerato dalla sempre più pressante normazione comunitaria, sfociato nelle grandi riforme amministrative, organizzativo-strutturali e organizzativo-procedimentali, attraverso la legge 15 marzo 1997 n.59 che ha avuto e continua ad avere un effetto dirompente all'interno del sistema amministrativo italiano attraverso le numerose leggi di semplificazione susseguitesi nel tempo.

La Legge Costituzionale 18 ottobre 2001 n.3, unitamente alla legge cd La Loggia, ha rappresentato la cerniera del nuovo sistema "Repubblica" al cui interno le componenti costitutive cooperano nell'esercizio delle funzioni amministrative.

A ciò si devono aggiungere i modelli organizzativo-procedimentali originati dal diritto amministrativo europeo²⁰⁷ ed utilizzati esclusivamente per i procedimenti amministrativi comunitari, che hanno pervaso l'organizzazione amministrativa italiana che li ha utilizzati per i procedimenti amministrativi interni riconoscendo in essi il modo migliore per contemperare gli interessi coinvolti nel procedimento.

Il recepimento di tale sistema organizzativo da parte dell'ordinamento italiano ha prodotto un effetto a cascata, infatti ci si è resi conto che le miglurie apportate dall'utilizzo di tale sistema in un determinato settore, si sarebbero potute riverberare anche in altri ambiti.

Oggi tale concezione sembra permeare il modello di governance attuativa del PNRR, quello organizzativo-procedimentale attraverso l'implementazione organizzativa dei punti di contatto o sportelli unici in settori differenti,²⁰⁸ ultimo dei quali è lo sportello unico per l'energia (SUDER) o piattaforma unica introdotto dal recentissimo D.lgs. 199/2021 che ha ridisegnato la disciplina procedimentale per l'insediamento di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili. Tali sistemi organizzativi possiedono una caratteristica di fondamentale importanza che li accomuna: il coordinamento degli istituti di semplificazione utilizzati da quei procedimenti collegati dalla realizzazione di un interesse comune e l'interazione di soggetti differenti coinvolti in quei procedimenti.

Essi richiamano gli istituti di semplificazione più importanti così come previsti dalla l.241/90, però non si accontentano del semplice richiamo ma coordinano sia gli istituti che i singoli procedimenti amministrativi all'interno dei quali operano tali istituti, coordinandoli in modo efficace sotto un unico soggetto²⁰⁹.

²⁰⁷ S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali ?*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1, 2003, 35 ss

²⁰⁸ Ciò costituisce un ulteriore esempio di quella "Signoria comunitaria", indicata da S. CASSESE, sugli apparati amministrativi statali. Le variazioni dei disegni organizzativi strutturali dell'apparato amministrativo comunitario si riflettono in modo netto sulle strutture amministrative degli Stati membri in modo che "di fronte all'evoluzione del primo, queste ultime si modificano, adeguandosi ai modelli comunitarie ispirandosi ai loro principi". Si veda FRANCHINI op. ult. Cit.

²⁰⁹ A titolo di esempio si vedano il d.lgs 31.3.1998 n.112 artt. 23-27 bis ed il Dpr. 447/98 così come



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

L'opera di coordinamento rende possibile la riduzione ad un unico procedimento di tipologie tecnico-giuridiche difficilmente riducibili ad unità che, prima dell'avvento della "logica di sportello", venivano ritenute come fonte di "complicazione della semplificazione amministrativa"²¹⁰.

Ciò porta ad un'ulteriore considerazione che vede lo sportello non solo nell'ambito dell'unificazione procedimentale ma anche in quello dell'unificazione organizzativa.

La riunione di procedimenti amministrativi appartenenti alla competenza di soggetti differenti, ma tutti inerenti ad un unico settore, comporta necessariamente la contestuale concentrazione di funzioni di manifestazione della decisione in capo ad un unico soggetto.

Si badi bene che la funzione decisionale di cui si tratta non implica che gli enti coinvolti vengano totalmente esautorati delle proprie competenze decisionali, ma comporta che le scelte adottate a livelli differenti siano concentrate (e riassunte) nelle mani di un solo soggetto competente all'emanazione del provvedimento finale e conclusivo del procedimento cui hanno preso parte una pluralità di soggetti.

Lo sportello unico quindi "...è, per un verso organizzazione strutturale, per altro verso, organizzazione procedimentale"²¹¹, perciò costituisce l'anello di congiunzione tra il momento dell'organizzazione e quello dell'attività amministrativa²¹².

Tale sistema di gestione coordinata giova sia ai privati che alla pubblica amministrazione stessa.

Giova ai privati²¹³ perché attraverso la velocizzazione delle relazioni tra soggetti pubblici si contribuisce a rendere più agile e snello il percorso che porta alla realizzazione del risultato perseguito.

In tale ottica emerge una maggiore rilevanza assunta dalla rappresentazione degli interessi privati nell'ambito procedimentale che, in tale contesto, produce l'effetto di migliorare l'attività conoscitiva della pubblica amministrazione nella definizione del risultato ultimo perseguito, frutto dell'interpretazione effettuata dalla stessa sulla base delle proprie prospettazioni e di quelle dei privati²¹⁴.

modificato dal Dpr. 440/00 e successivamente ridisegnato con il Dpr 160/10 che disciplinano lo sportello unico per le attività produttive; l'art. 53 d.lgs 112/98 e la legge 29 marzo 2001 n.135 che al Capo III artt.8-10 disciplinanti lo sportello unico per il turismo; il Dpr. 6 giugno 2001 n.380 che disciplina lo sportello unico per l'edilizia; il Dpr. 8 giugno 2001, n.327 che disciplina l'ufficio unico per l'espropriazioni.

²¹⁰ Si veda FERRARA, *Le complicazioni della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. amm.* 2/99, 328.

²¹¹ MARENGHI, *Lo sportello per le attività produttive: prove tecniche per una sintesi di competenze*, in *Scritti giuridici in onore di S.Cassarono.*, vol.II, Padova, 2001, pag. 950.

²¹² si veda in proposito NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano,1966, pag.122 laddove si prevede che: " *Molti fatti possono essere considerati sia in chiave d'organizzazione sia in chiave di attività*".

²¹³ In tale contesto "i privati" sono gli imprenditori i primi a beneficiare delle misure di semplificazione si veda in proposito FERRARA, *op. ult. cit.*

²¹⁴ Sembra che la giurisprudenza più recente abbia intrapreso la strada che conduca ad una visione prettamente "sostanzialistica" dell'istituto della partecipazione al procedimento, è stato sancito il



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Giova, altresì, alla pubblica amministrazione che in un procedimento meno formalizzato potrà fare uso di una misura più ampia di discrezionalità nel *quomodo*, nell'*an* e nel *quantum*, con un contestuale risparmio "temporale" e, soprattutto, di costi gestionali²¹⁵.

Un altro che emerge prepotentemente dalle considerazioni esposte in tale sede, è costituito dalla circostanza che il processo decisionale è caratterizzato da una competenza all'emanazione del provvedimento finale e conclusivo del procedimento amministrativo, non più stabilmente attribuita ad un singolo organo ma piuttosto, a conclusione di un iter procedimentale di volta in volta definito, ad un soggetto non predeterminato una volta per tutte bensì mutevole a seconda degli interessi (anche privati) coinvolti e delle relazioni di interdipendenza, e non più di gerarchia, che legano i vari protagonisti dell'azione amministrativa.

Naturalmente è innanzitutto (ma non esclusivamente) la legge che stabilisce i casi in cui il processo decisionale si sposta da un centro predeterminato ed individuato nel responsabile del procedimento, ad un centro diverso di natura ad esempio "Collegiale" all'interno del quale sono presenti soggetti portatori di interessi diversi.

È la dimostrazione di come un processo decisionale di tipo verticistico si possa trasformare in un procedimento decisionale di tipo orizzontale caratterizzato dal coordinamento degli interessi di differenti soggetti che si muovono all'interno di una logica di collegialità.

Tale forma di *decision making* è incentrato su una struttura organizzativa, detta reticolo decisionale, che coinvolge diversi enti legati da un'interdipendenza che non deriva da un rapporto di gerarchia che sottomette un ente ad un altro, ma da un insieme di rapporti scaturenti dalle singole competenze che vengono esclusivamente ad essi attribuiti.

Conseguentemente, se l'adozione di una decisione su una determinata materia spetta ad un ente (ad esempio un parere tecnico) essa potrà essere adottata solo da quel determinato ente la cui "sostituzione" sarà possibile solo in sede di Conferenza di servizi, luogo che rappresenta il momento in cui la competenza ad adottare la decisione contenuta nel provvedimento finale e conclusivo non spetta più al singolo ma al collegio.

La Conferenza di servizi e quindi la collegialità in essa presente, fa sì che l'interesse concreto da realizzare non appaia più imposto da un ente gerarchicamente sovraordinato agli altri posto in posizione di preminenza, in buona sostanza alla scelta imposta se ne sostituisce un'altra frutto del consenso espresso dagli enti autonomi e paritari, sulla base della comparazione degli interessi coinvolti nel procedimento regolato da regole comuni condivise.

Sembra, quindi, che le nuove riforme spingano verso un'idea di amministrazione dove,

principio in base al quale la partecipazione al procedimento contribuisce a definire l'accertamento dei presupposti di fatto del provvedimento finale e l'interpretazione delle norme giuridiche che regolano lo potere. Si veda in proposito *Cass. SS.UU.*, 1 aprile 2000, n.82, in *Riv. Cons. St.*, 2000, II,1364.

²¹⁵ In tal modo si può parlare di corretto bilanciamento tra "ansia di provvedere" e valori di garanzia, pubblicità e completezza dell'istruttoria. Si veda in proposito CASSETTA, *Manuale, op. ult. Cit.*, 426.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

come affermato dalla recente giurisprudenza costituzionale²¹⁶, le istituzioni pubbliche non detengono il monopolio esclusivo dello svolgimento delle attività di interesse generale, per tale motivo si sviluppano dinamiche di condivisione tra sfera pubblica e sfera privata rispetto alle quali il diritto amministrativo è oggi chiamato a individuare forme organizzative e procedurali adeguate.²¹⁷

Quanto più le Pubbliche Amministrazioni sono consapevoli delle caratteristiche e delle dinamiche dei sistemi di decisione a rete, tanto più possono sviluppare strumenti e logiche di intervento coerenti all'interesse pubblico da realizzare.

La frammentazione delle risorse, dei soggetti coinvolti e delle responsabilità induce, nell'attuale sistema amministrativo, dinamiche molto più simili a quelle delle reti, che a quelle delle organizzazioni o dei sistemi gerarchici tradizionali.

Tale modello di formazione delle scelte amministrative appare collegato a quello posto a fondamento della riforma del titolo V della Costituzione che è caratterizzato da un'esplicita equiparazione costituzionale degli enti costitutivi della Repubblica (art.114 Cost.). Comuni, Città metropolitane, regioni e stato rappresentano gli attori principali che individuano l'interesse generale da perseguire; tale individuazione avviene sulla base dei principi e delle competenze che la Costituzione attribuisce agli stessi (art. 117 e 118 Cost.) ed anche in tale sede la decisione potrà essere adottata collegialmente attraverso gli strumenti di raccordo funzionale e strutturale previsti dall'ordinamento²¹⁸.

²¹⁶ La recente sentenza della Corte Costituzionale n.131/2020 pare riconoscere che nel sistema democratico delineato dalla Costituzione - in particolare negli artt. 2, 3, 4, e 118 Cost. le attività di interesse generale "possono essere perseguite anche da una autonoma iniziativa dei cittadini e della società solidale che è una componente essenziale del nostro Paese". Cfr Corte Cost, sent. 20 maggio 2020, n.131, in www.cortecostituzionale.it

²¹⁷ Il riferimento alla cosiddetta "amministrazione obiettivata" teorizzata, in particolare, da Feliciano Benvenuti a partire dagli anni '70 del secolo scorso, cfr F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, 1975, poi in *Scritti giuridici*, 1° vol., 2006, pp. 643 ss. e F. BENVENUTI, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Rivista trimestrale di scienza della amministrazione*, 1978, 1, pp. 6 ss.

²¹⁸ Il riferimento è alla Conferenza Unificata Stato-regioni-Autonomie locali prevista dal D.lgs 281/97; alla Commissione parlamentare per le questioni regionali integrata dai rappresentanti delle autonomie prevista dall'art. 11 l.cost. 3/2001 ed al Consiglio delle Autonomie locali di cui all'art. 123 Cost.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

La Cassa Depositi e Prestiti a seguito della riforma del 2003

di Giacomo Di Martino*

10 febbraio 2022

Sommario: 1. Premessa: dalla fondazione del 1850 al nuovo millennio. – 2. La riforma del 2003: un nuovo modello di Cassa. – 3. La “nuova” Cassa tra la Grande Recessione e la pandemia. – 4. Considerazioni conclusive.

Abstract: I plurimi cambiamenti strutturali nel settore economico-finanziario succedutosi a livello globale, unitamente alla politica di privatizzazioni degli anni Novanta, hanno svolto un ruolo di fondamentale importanza nell'adozione di un modello economico in cui il privato fosse l'attore protagonista.

Superato lo shock di inizio millennio causato prima dallo scoppio della bolla dot-com e poi dall'attentato terroristico dell'11 settembre, nel 2003 l'economia italiana, ancora una volta, non seppe sfruttare la favorevole congiuntura internazionale. Nonostante una stabilizzazione del debito ed un miglioramento dei conti pubblici, la crescita continuava a rimanere sotto la media europea. In questo contesto, il governo Berlusconi, con il ministro del Tesoro Giulio Tremonti, guardò alla Cassa Depositi e Prestiti come a un potenziale strumento in grado di promuovere investimenti e, soprattutto, di collaborare con il privato per uno slancio economico nei settori chiave dell'economia del Paese. Ebbe inizio il processo di privatizzazione di Cassa Depositi e Prestiti in Società per Azioni.

The multiple structural changes in the economic-financial sector that followed globally, together with the privatization policy of the 1990s, played a key role in the adoption of an economic model in which the private sector was the leading actor.

Having overcome the shock at the beginning of the millennium caused first by the bursting of the dot.com bubble and then by the September 11 terrorist attack, in 2003 the Italian economy once again failed to take advantage of the (favorable) international economic situation; despite a stabilization of debt and an improvement in public accounts, growth continued to remain below the European average. Against this backdrop, the Berlusconi government with Treasury Minister Giulio Tremonti, looked to Cassa Depositi e Prestiti as a potential tool capable of promoting investment and, above all, collaborating with the private sector for economic momentum in key sectors of the country's economy. The process of privatizing Cassa Depositi e Prestiti into a joint-stock company began.

1. Premessa: dalla fondazione del 1850 al nuovo millennio

La Cassa depositi e prestiti, nata nel 1850 per raccogliere i depositi obbligatori, subì

* Studente magistrale in Governo e Amministrazione presso la LUISS Guido Carli.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

una profonda e innovativa trasformazione alla metà degli anni Settanta, quando divenne "Cassa Depositi Centrale del risparmio postale" con il compito di mobilitare, attraverso la neonata rete postale, il piccolo risparmio in favore degli enti locali per la creazione di capitale fisso sociale, vero e proprio tassello dell'unificato mercato nazionale.

Fin dalle origini fu dunque un'istituzione attiva nel circuito dell'intermediazione finanziaria e strategica per l'infrastrutturazione del Paese. Tuttavia, la sua operatività non rimase confinata al circuito del credito, ma si rivelò presto fondamentale per il finanziamento dello Stato attraverso la sottoscrizione dei titoli di Stato sul mercato secondario: possedendo all'inizio del Novecento oltre due miliardi di lire del debito pubblico, la Cassa svolse un ruolo centrale, troppo spesso dimenticato, quando nel 1906 partecipò alla cosiddetta "conversione della rendita" attraverso la quale, il tasso fisso pagato sui titoli del debito passò dal 5% al 3,75%; un'operazione questa che ben si inseriva nella strategia di politica economica giolittiana finalizzata al risanamento dei conti pubblici ed al mantenimento della lira entro i "punti dell'oro".

Altro aspetto rilevante, anch'esso sottaciuto, fu il ruolo sistemico esercitato da Via Goito nel processo di industrializzazione del Nord-Ovest: le rimesse dei migranti, in gran parte meridionali, furono intercettate dal sistema postale ed andarono a finanziare in quegli anni la bilancia dei pagamenti del Paese permettendo l'importazione di macchinari all'avanguardia e più in generale delle tecnologie avanzate provenienti dall'estero. La Cassa Depositi e Prestiti, dunque, agì lungo due direttrici: prestiti verso gli enti locali e finanziamento del Tesoro, compiti questi che non vennero meno neanche durante gli anni del primo conflitto dove gran parte delle risorse vennero inevitabilmente impiegate nella sottoscrizione dei prestiti di guerra.

Con l'affermarsi del regime fascista, la politica economica del Paese virò verso una stretta monetaria in chiave deflattiva facendo sì che l'Istituto, accanto alle due tradizionali attività, supportasse la creazione di consorzi bancari per sopperire alla mancanza di liquidità nel settore del credito. Ma saranno gli anni Trenta a far risaltare il ruolo sistemico della Cdp. Da un lato, la crisi del '29 spinse il regime a servirsi della Cassa nel processo di ridefinizione della struttura proprietaria dell'economia italiana; Via Goito mise a disposizione i fondi per l'IRI e partecipò attivamente al salvataggio del sistema creditizio del Paese attraverso l'IMI. Dall'altro, il crollo delle banche "universali", unitamente all'introduzione del buono fruttifero postale, creò l'opportunità, prontamente sfruttata, di convogliare il risparmio verso un soggetto pubblico come la Cassa che arrivò così a detenere il 50% dei depositi²¹⁹.

Sicuramente in questo nuovo modo di concepire il rapporto tra economia e Stato influì tanto la necessità di ricostruire la fiducia dei risparmiatori verso le istituzioni dello Stato, quanto la teoria di Keynes sulla preferenza per la liquidità, in cui aspettative e fiducia divengono variabili chiave nella determinazione della politica economica.

²¹⁹ G. Della Torre, *Impieghi e provvista della Cassa Depositi e Prestiti, 1850-1990*, in De Cecco e Toniolo (a cura di), *Storia della Cassa depositi e prestiti*, Laterza, Bari, 2000, p.5.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Nel secondo dopoguerra, la posizione privilegiata della Cassa, ottenuta attraverso un differenziale di rendimento positivo offerto dal bancoposta nei confronti del settore privato, cessò. Se negli anni Quaranta le risorse dell'Istituto erano indispensabili per il finanziamento del Tesoro, nel decennio successivo l'esigenza di ricondurre il circuito del risparmio verso soggetti privati, l'operazione di *central banking* attuata da Menichella e tesa a ricondurre il controllo della massa monetaria sotto Palazzo Koch, nonché le spinte politiche della classe dirigente liberale, portarono, nel 1953, alla fine del vantaggio competitivo sul fronte della raccolta. Da quel momento in poi, fino alla fine del secolo, la Cassa sperimentò un declino in termini relativi nella quota depositi e concentrò i propri impegni finanziari in prestiti agli enti locali, sempre più gravati dalle repentine trasformazioni socioeconomiche e demografiche dell'Italia del miracolo economico.

2. La riforma del 2003: un nuovo modello di Cassa

I cambiamenti strutturali nell'economia e nella finanza globalizzata²²⁰, unitamente alla politica di privatizzazioni attuata negli anni Novanta, spingevano per un modello economico in cui il privato avesse un ruolo maggiore. Questo contesto generale non poteva non influenzare il processo di trasformazione a cui Cdp andava incontro. Nel 2003, l'economia mondiale aveva superato lo shock di inizio millennio causato prima dallo scoppio della bolla dot.com e poi dall'attentato terroristico dell'11 settembre 2001. L'economia italiana, ancora una volta, non seppe sfruttare la congiuntura internazionale particolarmente favorevole; nonostante una stabilizzazione del debito ed un miglioramento dei conti pubblici, la crescita continuava a rimanere sotto la media europea. In questo contesto il governo Berlusconi con il ministro del Tesoro Giulio Tremonti, guardarono alla Cassa come potenziale strumento in grado, come immaginato più volte in passato, di promuovere investimenti e soprattutto collaborare con il privato per uno slancio economico nei settori chiave dell'economia. Si procedette pertanto al processo di privatizzazione di Cassa Depositi e Prestiti in Società per Azioni²²¹. È questo un passaggio di portata storica sia sotto il profilo strutturale quanto per il suo ruolo all'interno del tessuto economico-finanziario del Paese. Una cesura paragonabile a quella del 1875²²², considerando quello che sarebbe stato il suo impatto negli anni a venire. La riforma della Cassa la avvicinò all'esperienza dei due istituti "gemelli": la Kreditanstalt für Wiederaufbau Bankengruppe (KfW), ossia Banca della Ricostruzione e la Caisse des Dépôts et Consignation (CDC). La trasformazione in S.p.A. permise da un lato di creare un

²²⁰ Si veda in merito G. Di Gaspare, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, Cedam, Padova, p. 120 e ss.

²²¹ Art. 5 del DL 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni nella L. 24 Novembre, n. 326.

²²² v. L. Conte, *Amministrare il risparmio: la Cassa depositi e prestiti da azienda a impresa-organo del Ministero del Tesoro, 1850-1913*, in De Cecco e Toniolo (a cura di), *Storia della Cassa depositi e prestiti*, Laterza, Bari, 2000, p.109.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

modello di Cassa il più possibile flessibile e dall'altro di far uscire l'istituto dal perimetro delle amministrazioni pubbliche, avendo ottenuto da Eurostat la qualifica di market unit. In questo modo la Cdp poteva assumere partecipazioni e soprattutto far sì che una eventuale espansione della sua attività finanziaria non andasse ad incidere sul disavanzo di bilancio. Un espediente contabile significativo se si tiene conto delle rigide regole sul debito dell'Unione europea. Ma per poter raggiungere tale obiettivo era indispensabile identificare un partner privato da far entrare nel capitale della nuova società. La scelta cadde sulle Fondazioni bancarie, frutto del processo di trasformazione delle casse di risparmio in S.p.A.; la legge del 1998 aveva stabilito che le Fondazioni sarebbero divenute holding bancarie e trasformate in enti di diritto privato senza fini di lucro, incaricate di destinare le proprie risorse alla promozione dello sviluppo economico dei propri territori²²³. La natura privatistica di queste venne tra l'altro confermata dalla sentenza n. 300 del 24 settembre 2003 della Consulta²²⁴. Il requisito della soggettività privatistica era pertanto chiarito, così come richiesto dalle norme comunitarie. Ma la motivazione per cui il MEF scelse le Fondazioni come azionista di minoranza, risiedeva anche nel legame azionario e dunque di influenza che queste avevano mantenuto con le banche dalle quali avevano tratto origine, ovvero le cosiddette banche conferitarie²²⁵. Un altro punto di forza delle Fondazioni era il forte radicamento, mantenuto solido negli anni, con le realtà dei diversi territori. Questi indubbi punti di forza che le Fondazioni offrivano, celavano tuttavia un latente e ancora oggi irrisolto conflitto di interessi; questi, infatti, sono azionisti di riferimento di grandi gruppi bancari in concorrenza con la Cassa stessa sia sul fronte della raccolta che negli altri comparti di impiego. Dopo un lungo dialogo tra MEF e ACRI, ovvero l'associazione delle casse di risparmio e delle Fondazioni di origine bancaria, il Tesoro, per chiudere l'operazione, costituì, con l'assistenza tecnica di JP Morgan, un pacchetto da sottoporre alle Fondazioni. L'offerta prevedeva il 30% del capitale sociale, sottoforma di azioni privilegiate, per un valore di 3,5 Mld di euro. Per di più, le azioni erano postergate nelle perdite rispetto alle azioni ordinarie, godevano di un dividendo minimo del 3% indicizzato all'inflazione²²⁶. Nel nuovo assetto societario alle Fondazioni venne riconosciuto il diritto di veto su eventuali modifiche allo statuto ed inoltre venne previsto che queste avrebbero espresso un terzo del consiglio d'amministrazione. Il passaggio da azionisti privilegiati a ordinari, previsto per legge nel 2013, provocò un contenzioso circa la determinazione del valore effettivo del patrimonio netto e dunque del conguaglio da effettuare. In seguito ad un pronunciamento del Consiglio di Stato, la conversione in azioni ordinarie fece scendere la quota di capitale dal 30% al 18%. Nonostante ciò, le Fondazioni, durante questi vent'anni, sono rimaste saldamente all'interno

²²³ S. Battilossi, *La "nuova" Cassa depositi e prestiti*, in De Cecco e Toniolo (a cura di), *Storia della Cassa depositi e prestiti. Un nuovo corso: la società per azioni*, Laterza, Bari, 2014, p.87.

²²⁴ Corte cost., sent. 24 settembre 2003, n.300.

²²⁵ M. De Cecco, G. Toniolo, *Storia della Cassa depositi e prestiti. Un nuovo corso: la società per azioni*, Laterza, Bari, 2014, p.19.

²²⁶ M. De Cecco, G. Toniolo, *Storia della Cassa depositi e prestiti. Un nuovo corso: la società per azioni*, Laterza, Bari, 2014, p.19.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

della compagine societaria della Cdp ed anzi hanno esteso la collaborazione in vari settori tra cui il social housing e il sostegno alle PMI.

Dal punto di vista della struttura organizzativa, la riforma del 2003 stabilì per la Cassa la determinazione di un "sistema separato ai soli fini contabili ed organizzativi, la cui gestione è uniformata a criteri di trasparenza e salvaguardia dell'equilibrio economico"²²⁷. In questa gestione "separata" ritroviamo la tradizionale attività di raccolta e mobilitazione del risparmio postale che continua a godere della garanzia statale. Parallelamente alla gestione separata, la riforma istituì una gestione ordinaria, avente ad oggetto l'investimento in gestori pubblici, organizzati nella forma di società di capitali, per finanziamenti di opere, impianti, reti e servizi. Questa gestione si sostiene attraverso l'emissione di obbligazioni senza la garanzia statale. Si tratta dunque di un modello organizzativo duale unico nel suo genere. L'azione della Cassa, specie dopo la riforma del 2003, assomiglia sempre più a quella di una vera e propria banca. Tuttavia, non è possibile identificarla come intermediario finanziario bancario in virtù della presenza della garanzia statale nella Gestione separata. Abbiamo però anche visto come, attraverso la presenza di soci di minoranza privati e di una Gestione ordinaria priva di garanzie statali, l'istituto fosse riuscito ad uscire dal perimetro pubblico. Questa forma "bicefala" è stata classificata nel 2003 come intermediario finanziario non bancario, escludendola pertanto dalla vigilanza bancaria e dagli obblighi di riserva. Una situazione questa giudicata insostenibile, così nel 2006 la Cdp fu riqualificata come "istituzione finanziaria monetaria, non iscritta all'albo bancario, soggetta alla riserva obbligatoria ma non alle regole prudenziali di vigilanza"²²⁸. In base a ciò, dunque la Cassa si è sottratta ai limiti imposti dalla legge bancaria in particolare al divieto, rivolto agli istituti bancari, di detenere più del 15% nelle imprese salvo autorizzazione della Banca d'Italia.

Varata la riforma del 2003 fu previsto un piano industriale avente ampie ricadute sull'assetto gestionale delle infrastrutture di pubblica utilità. Già in precedenza si era ricorso alla Cassa per la costituzione di una holding pubblica, denominata "Infrastrutture Italia", che raggruppasse le partecipazioni nelle società di gestione di reti ed infrastrutture, trasferite allo Stato dopo la soppressione dell'IRI, con lo scopo di evitare la formazione di monopoli privati o penetrazioni straniere nei settori strategici²²⁹. Con il piano industriale del 2003, la Cassa Depositi e Prestiti acquisiva dal MEF pacchetti di partecipazioni nelle utilities di Stato. Nello specifico rilevò il 10,35% di ENEL per un valore di 3,156 miliardi di euro, e di ENI, con un costo pari a 5,316 miliardi. Entrò anche in Poste investendo 2,5 miliardi e assumendo il 35% delle azioni. Questa manovra, dal valore complessivo di oltre undici miliardi di euro, permetteva allo Stato da un lato un presidio pubblico su settori strategici dell'economia e dall'altro di ridurre il debito a fronte delle somme pagate dalla Cassa al Tesoro. Per la Cdp si trattava invece di consolidare la propria redditività nel lungo periodo e di rafforzare la

²²⁷ D. Colaccino, La dismissione e la razionalizzazione di partecipazioni societarie dello Stato, in *Giornale di diritto amministrativo*, 12/2012, p.1190.

²²⁸ De Bonis et al., *Nuove serie storiche*, cit., p.17.

²²⁹ G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Cedam, Padova, 2011, p.336.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

propria base patrimoniale. Il buon andamento negli anni delle due aziende energetiche ha permesso alla Cassa di rifornire il MEF e i soci di minoranza di sostanziosi dividendi. In questo modo, l'istituto di Via Goito, divenendo anche una vera e propria holding pubblica "si è surrogata di fatto nella funzione di indirizzo imprenditoriale sulle partecipazioni pubbliche"²³⁰. Nei fatti, la Cassa Depositi e Prestiti, seppur con un nuovo volto, tornò ad assumere quella funzione sistemica che aveva avuto per larghi tratti di storia del Paese; e l'attivo dell'istituto ci suggerisce proprio questo: tra il 2004 e il 2007 passò da 107 miliardi a 196 miliardi di euro²³¹. Una repentina e massiccia crescita quasi interamente sostenuta dalla Gestione separata, che potendo contare su una maggiore capacità organizzativa e su un forte aumento del risparmio postale, surclassò nettamente la Gestione ordinaria. Quest'ultima, infatti, iniziò a muovere i primi passi solo nel 2005, quando emise 4 miliardi di covered bonds e, in linea con la mission aziendale, rilevò il 30% delle azioni di Terna, rafforzando ulteriormente la sua presenza nell'infrastruttura elettrica del Paese²³². Nel 2006, la Gestione ordinaria si andava consolidando con operazioni di "project finance" e investimenti di tipo "corporate". È questa una fase di grande attivismo per la Cassa Depositi e Prestiti, rinvigorita dalla flessibilità di cui è stata dotata e delle nuove opportunità di "espansione finanziaria" che le regole comunitarie avevano aperto tanto in Italia quanto nel resto d'Europa. Fino al 2007, l'economia italiana riprese una modesta crescita rispetto al periodo precedente sospinta da un parziale riassetto industriale e dagli investimenti in grandi opere pubbliche promosse dal partenariato pubblico-privato di cui la Cdp ne era il perno. La grande duttilità di intervento che la Cassa manifestò è riscontrabile nel variegato elenco di soci industriali e bancari con cui Via Goito collaborò in questi anni. Prima della crisi economica, la Cassa aveva acquisito infatti importanti partecipazioni in: Terna, ENI, ENEL, Poste Italiane, STM Microelectronics Holdings, Galaxy, SINLOC, F2i (il maggiore gestore indipendente italiano di fondi infrastrutturali), Europrogetti e Finanza, Istituto per il Credito Sportivo, Tunnel di Genova; dunque una vera e propria holding, con presenza capillare nella realtà economico-industriale del Paese, ed un "portafoglio strategico finalizzato a garantire un'attenta governance delle imprese, assicurare la stabilità dell'azionariato e, infine, sostenere i processi di crescita, di privatizzazione e di liberalizzazione dei settori in cui dette imprese operano"²³³. Questo accresciuto potere della Cassa nell'economia italiana suscitò forti malumori e proteste nel mondo bancario, rimasto sempre ostile all'operato di Via Goito nonostante l'apertura del pubblico verso il privato. Sebbene le pressioni dei banchieri si fecero sempre più pressanti, la crisi prossima ventura era destinata ad aumentarne il ruolo

²³⁰G. Di Gaspare, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Cedam, Padova, 2011, p.337.

²³¹G. Della Torre, *Verso e dopo la privatizzazione: alcune note dai rendiconti annuali*, in De Cecco e Toniolo (a cura di), *Storia della Cassa depositi e prestiti. Un nuovo corso: la società per azioni*, Laterza, Bari, 2014, pp. 256-259.

²³²M. De Cecco, G. Toniolo, *Storia della Cassa depositi e prestiti. Un nuovo corso: la società per azioni*, Laterza, Bari, 2014, p.22.

²³³G. Ghesini, *Cassa depositi e prestiti. Un "nuovo" intermediario nel sistema finanziario italiano?* in L. Munari (a cura di), *Attualità e prospettive negli studi di Economia dei mercati e degli intermediari finanziari*, Monte Università Parma, Parma, 2006, p.383.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

della Cassa, in funzione anticiclica, per sostenere gli investimenti e lo sviluppo. Le banche, invece, saranno tra le prime vittime della profonda e lunga stagione recessiva a cui il Paese andava incontro.

3. La “nuova” Cassa tra la Grande Recessione e la pandemia

Lo scoppio della bolla dei subprime e l'inizio della crisi finanziaria nel 2007-2008 innescarono la più grave recessione dalla fine della seconda guerra mondiale a livello globale; l'Italia vide in questi anni una forte contrazione del Prodotto interno lordo nell'ordine di sei punti percentuali. Dopo un breve rimbalzo, la recessione venne prolungata agli inizi del nuovo decennio dalla crisi dei debiti sovrani. Al termine di questa prima fase il Pil aveva perso dieci punti percentuali in termini reali. Solo nel 2014, il Paese conoscerà un arresto della crisi. Alle soglie della nuova Grande recessione, innescata dalla pandemia da Coronavirus, il Paese non era ancora tornato ai livelli precrisi del 2007. Questo a causa di una debole crescita economica, che al netto dell'inflazione potremmo definire stagnante. La crisi pandemica del 2020 ha nuovamente colpito duramente facendo crollare il Pil dell'8,9%²³⁴; una caduta così rapida e intensa da risultare la peggiore dalla seconda guerra mondiale. Pertanto, possiamo dire, che dal 2007 ad oggi il Paese ha vissuto una vera e propria “Grande Depressione” caratterizzata da tre fasi: una iniziale crisi, una stagnazione ed infine un nuovo crollo. In questo contesto si inserisce il ruolo della Cassa Depositi e Prestiti, chiamata nuovamente a contrastare il ciclo recessivo sostenendo gli investimenti, le imprese e le amministrazioni pubbliche. Nonostante un incremento del 33% della raccolta postale registrata tra il 2008 e il 2012, le risorse a disposizione della Cassa erano probabilmente insufficienti per far fronte ad un calo così generalizzato della produzione industriale sul lato dell'offerta e dei consumi sul lato della domanda. Attraverso la gestione separata, la Cdp ha sostenuto il Paese attraverso due linee d'azione: aumento del credito nell'ordine del 22%, con uno sforzo di ben 9 miliardi di euro nel 2012 verso le piccole e medie imprese e finanziamento del Tesoro per metà delle risorse della Cassa²³⁵. In particolare, Via Goito ha attivamente partecipato alle attività di rifinanziamento presso la BCE, nel quadro delle Long Term Refinancing Operations (LTRO), per un valore pari a 27,5 mld nel biennio 2011/2012²³⁶; inoltre la Cassa ha accumulato risorse nell'ambito delle operazioni di gestione della liquidità del MEF come controparte sul mercato monetario. L'insieme di queste attività ha rappresentato gran parte dei ricavi canalizzati verso il fabbisogno pubblico. Un sostegno questo, tanto a livello centrale quanto a livello periferico, che si è dimostrato vitale in un contesto di grave crisi di fiducia nei confronti della sostenibilità del debito italiano e di un

²³⁴ https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/relazione-annuale/2020/rel_2020.pdf

²³⁵ S. Battilossi, *La “nuova” Cassa depositi e prestiti*, in De Cecco e Toniolo (a cura di), *Storia della Cassa depositi e prestiti. Un nuovo corso: la società per azioni*, Laterza, Bari, 2014, p.102 e ss.

²³⁶ *Ibidem*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

ulteriore inasprimento delle regole di bilancio a seguito dell'introduzione del Fiscal Compact²³⁷.

Durante la crisi, la Cassa ha potuto ampliare notevolmente la propria attività sul fronte della gestione ordinaria, mostrando tutta la flessibilità di intervento di cui era stata dotata: tra il 2008 ed il 2013 ha aumentato del 60% le acquisizioni di partecipazioni azionarie per un valore complessivo di 33 miliardi di euro²³⁸. Nelle diverse operazioni compiute la più significativa è sicuramente stata la rilevazione dal MEF dell'intero capitale di Finteca, gruppo nato nel '93, che raccoglieva oltre 200 aziende di Stato, tra cui Fincantieri e Tirrenia.

Durante la prima fase di questa "Grande Depressione", la Cassa ha inoltre giocato un ruolo chiave nella difesa dei settori strategici dalle incursioni dei capitali esteri attraverso una stretta collaborazione con il Fondo Strategico Italiano (FSI) creato nel 2011 per cercare di arginare le acquisizioni straniere, specie francesi. Emblematiche in tal senso furono le acquisizioni straniere di importanti aziende strategiche per il sistema Paese come Edison (secondo operatore nazionale nel comparto luce e gas) da parte di EDF o campioni nazionali della moda e dell'alimentare come Bulgari e Parmalat passate sotto il controllo rispettivamente della multinazionale LVMH e della Lactalis. Il FSI, pertanto, rappresenta la risposta pubblico-privata italiana alle acquisizioni dirette straniere replicando lo schema già sperimentato in Francia con il Fonds Stratégique d'Investissement controllato dalla Cassa francese. Il FSI può acquisire "*partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale in termini di strategicità del settore di operatività, di livelli occupazionali, di entità di fatturato ovvero di ricadute per il sistema economico-produttivo del Paese e che risultino in una stabile situazione di equilibrio finanziario, patrimoniale ed economico e siano caratterizzate da adeguate prospettive di redditività*"²³⁹. Il criterio dell'equilibrio finanziario è stato appositamente inserito per arginare la potenziale illimitatezza di azione del fondo anche nei confronti di società in condizioni economico-finanziarie precarie. In effetti, precisato questo limite, il perimetro di intervento è piuttosto ampio potendo agire nei confronti di soggetti di "rilevante interesse nazionale" e che lo stesso legislatore qualifica come tale qualsiasi azienda operante nei settori "difesa, sicurezza, infrastrutture, trasporti, comunicazioni, energia, assicurazioni e intermediazione finanziaria, ricerca e innovazione ad alto contenuto tecnologico, pubblici servizi, turistico-alberghiero, agroalimentare e della distribuzione, gestione dei beni culturali e artistici"; inoltre, al di fuori di tali settori sono considerate di "rilevante interesse nazionale" anche le imprese che cumulativamente presentino un "fatturato annuo netto superiore a 300 milioni di euro e un numero medio di dipendenti non inferiore a 250 unità"²⁴⁰. La dimensione può essere ridotta del 20%, fino a 240 milioni di euro di fatturato e 200 dipendenti, nel caso di società le cui attività siano rilevanti in termini di indotto e producano benefici per il sistema economico-produttivo nazionale, anche in

²³⁷ Per approfondimenti si veda <https://voxeu.org/article/eu-s-fiscal-rules-urgently-need-revision>

²³⁸ M. De Cecco, G. Toniolo, *Storia della Cassa depositi e prestiti. Un nuovo corso: la società per azioni*, Laterza, Bari, 2014, p.28.

²³⁹ Art. 7, DL 34/2011, convertito in L. 75/2011.

²⁴⁰ DM 8 maggio 2011.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

termini di presenza di stabilimenti produttivi sul territorio. Sono altresì di rilevante interesse nazionale le società che, seppur non costituite in Italia, operino nei settori di cui sopra e dispongano di società controllate o stabili organizzazioni nel territorio nazionale che cumulativamente presentino un "fatturato annuo netto non inferiore a 50 milioni" di euro e un "numero medio di dipendenti non inferiore a 250 unità"²⁴¹. Negli anni immediatamente successivi alla crisi, il FSI è stato utilizzato non solo come strumento di tutela dei campioni nazionali ma come una vera e propria leva di politica industriale attraverso cui promuovere la crescita dimensionale delle aziende, l'aggregazione delle imprese, la creazione di nuovi poli aziendali al fine di rafforzare la produttività e la competitività internazionale della nostra economia²⁴². In questa direzione è andata l'acquisizione di Metroweb, azienda leader nel settore delle telecomunicazioni in fibra ottica che all'interno del piano di digitalizzazione del Paese mostra il forte attivismo della Cassa attraverso l'uso del private equity come strumento di valorizzazione dei campioni nazionali. Nel 2012 la Cassa, sempre attraverso il FSI ha acquisito dal MEF e dal MISE rispettivamente la Sace e la Simest, società attive nell'export credit; in questo modo l'Istituto ha visto crescere il suo ruolo sistemico nell'internazionalizzazione del tessuto industriale italiano. Seguirono negli anni numerose operazioni di equity verso target aziendali piuttosto eterogenei: Ansaldo Energia, Sia, Valvitalia, Saipem, Open Fiber, Kedrion, Gruppo Trevi, We Build.

La presenza dell'Istituto nel tessuto industriale ed infrastrutturale del Paese è ulteriormente garantita dalla partecipazione, attraverso il FSI (oggi cdp equity) con una quota del 14%, nel capitale del fondo F2i, il più grande gestore indipendente italiano operante nel settore delle infrastrutture. Nato nel 2007 per iniziativa della Cassa, delle fondazioni bancarie e delle maggiori banche e fondi pensione del Paese con lo scopo di garantire investimenti e controllo gestionale nei settori chiave dell'economia come, ad esempio, reti di distribuzione, trasporti, logistica, telecomunicazioni, infrastrutture sociosanitarie ed energie rinnovabili; opera prevalentemente in Italia con un patrimonio gestito di 6,2 mld di euro²⁴³.

In questi anni la Cassa è stata attiva anche nel settore immobiliare attraverso Cdp Immobiliare (CdpI), una società di gestione del risparmio (SGR) controllata al 100%. L'operatività della Cassa nel real estate rappresenta la risposta più rilevante, messa in atto dal settore pubblico, all'esigenza di recuperare gli immobili abbandonati a seguito dalla contrazione dei processi industriali avvenuta negli ultimi decenni del secolo scorso quando le esigenze di ristrutturazione della produzione di base hanno liberato grandi spazi industriali da riconvertire.

L'operazione promossa dall'Istituto intende inoltre sviluppare progetti coerenti con il tessuto urbano circostante agli immobili acquisiti dallo Stato o da altre amministrazioni ed in tal senso ha già riqualificato e commercializzato un patrimonio di oltre due miliardi di euro.

Nello specifico Cdp Immobiliare controlla due fondi immobiliari: FIA (Fondo

²⁴¹ Ibidem.

²⁴² Relazione Cdp 2011.

²⁴³ https://www.cdpequity.it/cdp-equity/it/dettaglio_investimento.page?contentId=SGR398



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Investimenti per l'Abitare) e il FIV Plus (Fondo Investimenti per la Valorizzazione Plus). I compiti del FIA sono rivolti alle operazioni di social housing nel quadro del Piano Nazionale di Edilizia Abitativa mentre il secondo fondo svolge attività di dismissione patrimoniale per gli enti pubblici locali. Il FIA rileva quote di minoranza e maggioranza (fino ad un massimo dell'80%) di fondi immobiliari promossi dagli enti locali piuttosto che dalle istituzioni finanziarie bancarie e assicurative; attualmente rappresenta il quinto fondo immobiliare italiano con 1,54 miliardi di euro di patrimonio gestito²⁴⁴; invece il Fiv Plus, istituito nel 2012, opera prevalentemente nel settore terziario garantendo agli enti pubblici l'acquisto degli immobili a seguito di esito negativo nelle gare pubbliche; ad oggi rappresenta il sedicesimo fondo del Paese con un patrimonio di oltre 500 milioni di euro. Nel complesso Cdp Immobiliare, anche attraverso la creazione di recenti fondi d'investimento alternativi immobiliari e riservati (Fia2, Fondo nazionale del turismo, fondo turismo 1 e fondo turismo 2) rappresenta uno dei maggiori player attivi nel real estate italiano. La prospettiva è quella di sviluppare un modello di società in grado di gestire l'intera filiera delle attività e dei servizi immobiliari sia su singoli asset che su portafogli complessi.

Negli anni che seguirono la recessione, Via Goito tentò di rivitalizzare l'anemica economia italiana dapprima partecipando al piano Juncker e successivamente attraverso il piano industriale 2019-2021.

Elaborato dalla Commissione europea nel 2014, l'Investment Plan for Europe, il cosiddetto Piano Juncker, è stato il piano europeo di investimenti per il periodo 2015-2020 volto a promuovere la crescita, accrescere la competitività dei paesi dell'UE e consolidare la capacità produttiva e infrastrutturale europea. Dal punto di vista della struttura finanziaria il piano si fonda sullo European Fund for Strategic Investments (FEIS), un fondo di garanzia da 26 miliardi di euro integrato da un'allocatione di 7,5 miliardi di fondi propri della BEI, per finanziare progetti economicamente sostenibili e a lungo termine, anche con un profilo di rischio più elevato. La Cassa depositi e prestiti in tal senso ha la primaria funzione, assieme agli altri Istituti Nazionali di Promozione, di selezionare i progetti finanziati direttamente dal Gruppo BEI nei confronti delle pmi e delle infrastrutture. Il piano Juncker risulta rilevante sotto il punto di vista della Cdp non tanto per l'impatto macroeconomico generato, piuttosto modesto date le aspettative iniziali, quanto piuttosto per il dinamismo che ha saputo ancora una volta dimostrare Via Goito; la Cassa risulta infatti l'Istituto Nazionale di Promozione che ha promosso il maggior numero di piattaforme in Europa²⁴⁵; in particolare la più innovativa e performante è sicuramente stata la Thematic Investment Platform for Italian SMEs, promossa da CDP e dal Fondo Europeo per gli Investimenti (FEI), che si pone l'obiettivo di agevolare l'accesso al credito per le piccole e medie imprese italiane, combinando risorse CDP e fondi comunitari (COSME) e nazionali²⁴⁶; questa esperienza rappresenta il più

²⁴⁴ Rapporto Scenari immobiliari

²⁴⁵<https://www.ceps.eu/publications/european-fund-strategic-investments-new-type-budgetary-instrument>

²⁴⁶https://www.cdp.it/sitointernet/page/it/piano_juncker_cdp_sul_podio_europeo_nella_promozione_di_piattaforme_di_investimento?contentId=PRG20851



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

importante accordo di garanzia siglato in Europa nell'ambito del Piano Juncker e pone le basi per l'implementazione di una serie di iniziative di risk sharing, grazie alle quali Cdp può rilasciare controgaranzie in favore delle istituzioni finanziarie nell'ambito dei progetti di finanziamento delle PMI italiane²⁴⁷. Nel complesso del periodo di riferimento del piano (2015-2020) la Cassa ha investito direttamente 9 miliardi di euro, mobilitandone oltre 22 mld e favorendo l'accesso al credito di quasi centomila tra piccole e medie imprese.

Ben più rilevante sotto il profilo economico è il piano industriale varato nel 2018 per il triennio 2019-2021 che si inserisce incidentalmente nel contesto della grave recessione del 2020 scatenata dalla pandemia. Nel corso del triennio la Cassa ha mobilitato 111 miliardi di euro di risorse proprie, con un incremento del 23% rispetto al precedente piano industriale, suddivisi in 83 miliardi per le imprese, 25 per enti locali, Pubblica Amministrazione ed infrastrutture. Dunque, una vera e propria attività di politica economica che appare ancora più decisa se si considerano gli interventi adottati nel quadro delle misure anticicliche varate in chiave antirecessione. Cdp ha infatti dapprima varato un maxipiano di rinegoziazione dei mutui con gli enti locali dal valore complessivo di 1,4 miliardi e successivamente erogato, attraverso la controllata SACE, azienda attiva "nell'export credit", come disposto dal decreto liquidità, 200 miliardi di euro in favore delle imprese esportatrici. Inoltre, Via Goito svolgerà un ruolo significativo nella ricapitalizzazione delle imprese aventi ricavi maggiori ai 50 milioni di euro: nello specifico il decreto rilancio, autorizza la Cdp a costituire un "patrimonio rilancio" da 45 miliardi di euro alimentato da apporti del Ministero dell'Economia, principalmente titoli di stato; questo fondo opera nel quadro delle norme europee sugli aiuti di Stato, dunque a condizioni di mercato. Le imprese beneficiarie dovranno essere società per azioni, anche quotate in Borsa, con sede in Italia. Sono escluse banche ed assicurazioni. Dal punto di vista procedurale, questa massiccia operazione dovrebbe procedere mediante sottoscrizioni di prestiti obbligazionari convertibili, partecipando direttamente ad aumenti di capitale ed acquistando azioni quotate sul mercato; soprattutto nel caso di operazioni strategiche. L'intervento ha il duplice fine di sostenere le grandi imprese del Paese e al contempo difenderle dalle mire straniere.

Ma è nelle operazioni di mercato che si è manifestato il forte attivismo dell'Istituto: durante il 2020 la Cassa attraverso Cdp Equity (precedentemente FSI) ha portato avanti dapprima la fusione tra la controllata Sia e l'inglese Nexi, creando la più grande paytech d'Europa nel settore dei pagamenti digitali e successivamente acquisito il 7,3% del capitale di Euronext nell'ambito dell'operazione Borsa Italia. Inoltre, è previsto per il 2022 il definitivo passaggio di proprietà da Atlantia delle Autostrade per l'Italia, un'acquisizione che rafforzerà ulteriormente la presenza pubblica nelle infrastrutture del Paese. Ma l'operazione che desta maggiore attenzione è sicuramente quella sulla rete unica in cui appare inevitabile che la Cassa, essendo azionista di Tim e di Open Fiber, i due soggetti interessati dalla fusione, prenda il controllo della nuova società garantendo, al contempo, la neutralità della rete dagli operatori e il controllo dello Stato in un settore tanto delicato come è quello delle

²⁴⁷ Ibidem.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

telecomunicazioni.

Da ultimo, il piano strategico per il triennio 2022-2024, coerentemente con gli obiettivi posti dal Pnrr e dall'Agenda 2030 delle Nazioni Unite, prevede di mobilitare 128 miliardi in modo da garantire una crescita che sia al tempo stesso vigorosa e sostenibile, mantenendo solido lo storico legame con i territori e le imprese, adottando politiche settoriali per i finanziamenti basate su selettività e rispetto dei criteri ESG.

4. Considerazioni conclusive

In conclusione, nonostante la profonda riorganizzazione e ridefinizione dei ruoli, la Cassa ha saputo gestire la transizione al nuovo modello con grande efficienza e flessibilità; ed è proprio la capacità all'adattamento il maggiore punto di forza che ha da sempre caratterizzato la sua virtuosa storia. Le diverse attività svolte in questo secolo e mezzo ci dimostrano come flessibilità e adattabilità siano state le maggiori qualità gestionali impiegate per far fronte alle innumerevoli sfide e difficoltà della nostra storia unitaria. Caratteristiche queste destinate a essere determinanti nel mondo globalizzato in cui viviamo. Con la fine dello "Stato imprenditore", la Cassa è chiamata ancor più che in passato a riempire il vuoto lasciato, impostando un'ambiziosa strategia economica volta al rilancio del sistema Paese.

La recente linea d'azione costituita da interventi quali finanziamenti "corporate", il "project financing", l'acquisizione di importanti quote partecipative in società strategiche e profittevoli e la sottoscrizione di fondi equity infrastrutturali, va proprio in questa direzione. A seguito della nuova grande recessione appena conclusasi la tendenza a una maggiore presenza di Cdp nell'impresa e nella finanza italiana appare ineluttabile. La transizione energetica e digitale a cui andiamo incontro imporrà la necessità di supportare le imprese operanti nei settori ad alta tecnologia con forti asimmetrie informative attraverso un potenziamento delle leve del private equity e del venture capital. La Cassa, con i propri piani industriali, de facto accompagna la politica economica del governo, se non addirittura vi si sostituisce, considerando la precaria stabilità delle maggioranze dell'esecutivo e soprattutto l'asfissiante vincolo esterno rappresentato dai mercati. Dunque, alla luce di quanto espresso, è opportuno affermare che il giudizio complessivo su questi primi vent'anni della "nuova Cassa" è senza dubbio positivo. Certamente molto di più poteva essere fatto, ma l'aver saputo insediare un presidio nell'economia di mercato moderna ha rappresentato e rappresenta per le sfide del domani un'inestimabile risorsa.



Brevi note su Province e Città metropolitane a margine della sentenza n. 240 del 2021 della Corte costituzionale

di Francesco Merloni

14Febbraio 2022

Sommario: 1. La sentenza n. 240 del 2021 nei suoi primi commenti. – 2. Come porre rimedio alla situazione di incostituzionalità dell'assetto di Province e Città metropolitane. – 3. Il ripensamento di fondo e i suoi strumenti attuativi. – 4. L'intervento immediato e urgente per il rilancio di Province e Città metropolitane. – 5. Una possibile road map.

Abstract: La vicenda delle Province e i danni causati alle autonomie locali dalle politiche di europee di austerità (2008-2018) hanno gravemente compromesso le loro risorse organizzative e finanziarie, influenzando la capacità di svolgere le funzioni assegnate. L'analisi che segue muove dalla sentenza n. 240 del 2021 della Corte costituzionale riguardante le Province e le Città metropolitane, ponendo particolare attenzione alla natura delle funzioni attribuite alla stretta connessione tra tipologia di funzioni e modalità di formazione, nonché agli organi di governo incaricati di esercitarle.

The vicissitudes of the Provinces and the damage caused to local autonomies by the policies of European austerity (2008-2018) have severely compromised their organizational and financial resources, affecting their ability to carry out their assigned functions. The following analysis moves from Constitutional Court Judgment No. 240 of 2021 regarding Provinces and Metropolitan Cities, paying particular attention to the nature of the functions assigned to the close connection between the type of functions and the way they are formed, as well as the governing bodies in charge of exercising them.

1. La sentenza n. 240 del 2021 nei suoi primi commenti

I primi commenti della sentenza n. 240 sottolineano il carattere "correttivo", di fatto un cambio quasi radicale di orientamento rispetto alla discussa (famigerata) sentenza n. 50 del 2015. La Corte non può sconfessare apertamente sé stessa, ma arriva alla (pur sempre bizzarra) conclusione che, se nel 2015 era stato possibile salvare la legge n. 56 del 2014 e alcune sue soluzioni transitorie (nel caso di specie l'attribuzione di diritto della titolarità dell'organo "Sindaco metropolitano" al sindaco del Comune capoluogo) in attesa dell'entrata in vigore della riforma costituzionale che sopprimeva il riferimento alle Province, mantenendo però le sole Città metropolitane quali enti di area vasta, questa soluzione non è più possibile oggi, dal momento che il referendum non ha approvato la riforma costituzionale.

La sentenza mantiene quindi in piedi il gravissimo vulnus prodotto da una decisione, la sentenza n. 50, nella quale la Corte non ha valutato le disposizioni di legge alla luce della Costituzione allora vigente, ma alla luce di una Costituzione futura ed



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

incerta. Proprio la mancata conferma della riforma costituzionale ci ricorda quanto sia pericoloso un precedente di questo genere a cui la Corte doveva porre un rimedio molto più netto.

Detto questo, si può agevolmente accogliere l'impostazione seguita dai primi commenti. Pur senza cancellare il vulnus della sua precedente decisione, la sentenza n. 240, da un lato, dichiara di non potere accedere alla richiesta del giudice rimettente e la dichiara inammissibile perché comporterebbe un intervento manipolativo in materia di diritti elettorali che deve essere lasciata alla discrezionalità del legislatore; dall'altro svolge, al punto 8, osservazioni finali sull'esistenza di una situazione di incostituzionalità delle norme relative alla designazione del Sindaco metropolitano.

Il passaggio più interessante del ragionamento della Corte sta nell'affermazione che le Province (maltrattate dalla legge Delrio) e le Città metropolitane (salvate dalla medesima legge, ma disciplinate in modo confuso e contraddittorio) condividono la condizione di enti di area vasta titolari di funzioni "non di mero coordinamento". L'espressione non è particolarmente felice, ma può essere interpretata nel senso che entrambe le categorie di enti di area vasta sono titolari di funzioni proprie dell'ente, che non si esauriscono nel coordinamento, supporto, assistenza ai Comuni nello svolgimento di funzioni comunali.

Questo è il punto di maggiore rilevanza della sentenza, sotto due profili: il carattere delle funzioni attribuite; la stretta connessione tra tipologia di funzioni e regole di formazione degli organi di governo chiamati a svolgerle.

Rilevante, poi, la distanza dalla legge n. 56 del 2014, che concepiva (come necessario) le Città metropolitane, le sole allora confermate, come enti titolari di funzioni proprie, mentre, nella prospettiva della loro soppressione, faceva delle Province enti di secondo grado perché destinati a svolgere funzioni comunali coordinate. Le funzioni proprie rimaste alle Province, sarebbero state, dopo la riforma costituzionale, distribuite tra Comuni e Regioni.

La mancata approvazione della riforma costituzionale può essere letta in un solo modo costituzionalmente corretto: le Province sono nell'elenco degli enti costitutivi della Repubblica e ad esse si applica appieno il principio di sussidiarietà verticale di cui all'art. 118 Cost. Esse devono quindi essere titolari di funzioni proprie, cioè di funzioni che non possono essere attribuite ai Comuni. Le funzioni provinciali sono funzioni di area vasta, sovracomunali e non intercomunali.

La Corte non si occupa espressamente delle funzioni provinciali, ma quel riferimento a funzioni "non di mero coordinamento" deve essere letto nel senso che l'individuazione a regime delle funzioni provinciali deve essere di nuovo effettuato, dal momento che la soluzione che la legge Delrio prefigurava a regime, quella di una



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

distribuzione delle funzioni allora provinciali tra Comuni e Regione, è oggi costituzionalmente illegittima.

Il ripristino di un assetto chiaro e stabile quanto all'individuazione delle funzioni provinciali assume pertanto la stessa urgenza sottolineata dalla Corte con riferimento al riassetto degli organi delle Città metropolitane.

Due conseguenze fondamentali:

1. Se le Province sono (tornano ad essere) titolari di funzioni proprie, dell'esercizio di queste funzioni e dei relativi risultati i loro organi di governo devono rispondere direttamente i cittadini. L'elezione indiretta degli organi della Provincia sarebbe costituzionalmente legittima solo se ad esse fossero attribuite solo (o prevalentemente) funzioni comunali (da coordinare). Ma questa soluzione è contraria al principio di sussidiarietà che impone di attribuire all'ente di governo immediatamente superiore al livello comunale le funzioni sovracomunali, o eventualmente alla Regione se la dimensione provinciale si rivelasse inadeguata. Quindi, in tutti casi in cui le Province si trovassero a svolgere, oltre alle funzioni proprie, funzioni di mero coordinamento, queste ultime non sarebbero sufficienti a imporre l'elezione indiretta degli organi di governo.

La legge Delrio si è anche ispirata al modello delle Diputaciones spagnole per affermare la giustezza di una elezione indiretta degli organi provinciali. Ma in Spagna le Diputaciones sono enti che svolgono, esplicitamente, funzioni comunali, spesso in sostituzione dei Comuni troppo piccoli. Non sono forme associative, ma i loro organi sono eletti in secondo grado dai consiglieri dei Comuni. La Corte, pur affermando la stretta correlazione tra natura delle funzioni e elettività degli organi non sembra trarne le dovute conseguenze sulle Province, non si pronuncia sul punto, mentre invece sembra agevole affermare che la natura "non di mero coordinamento" delle funzioni provinciali impone l'elezione diretta degli organi di governo.

2. Se le Province sono titolari funzioni proprie, devono godere di risorse di finanza locale autonoma che consentano loro di "finanziare integralmente le funzioni loro attribuite" (art. 119, comma 4, Cost.). In conclusione, la sentenza n. 240, pur nelle sue prudenze, può essere letta come un esplicito richiamo al legislatore perché, con urgenza, nell'esercizio della sua discrezionalità politica, ponga fine alla condizione di incostituzionalità di molte disposizioni della legge n. 56 del 2014, adottate nella prospettiva della riforma costituzionale, ma in contrasto con la Costituzione vigente.

2. Come porre rimedio alla situazione di incostituzionalità nell'assetto di



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Province e Città metropolitane

Per dare seguito al richiamo della Corte si possono ipotizzare due possibili strade.

- a) un ripensamento completo dell'assetto istituzionale nel rispetto del principio di sussidiarietà (art. 118 Cost.) e di autonomia finanziaria (art.119 Cost.) nel quale disegnare in via definitiva il ruolo e le funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane e il sistema di finanziamento autonomo delle funzioni attribuite;
- b) qualora la strada del riassetto completo si riveli politicamente impercorribile, almeno in un tempo accettabile, un intervento immediato, a stralcio, che rimuova l'incostituzionalità della situazione istituzionale delle Province e delle Città metropolitane dichiarata, per ora senza effetti, dalla Corte.

3. Il ripensamento di fondo e i suoi strumenti attuativi

La vicenda delle Province e i guasti prodotti sulle autonomie locali dalle politiche di europee di austerità (2008-2018) sul versante delle risorse organizzative e finanziarie, che tanto hanno inciso sulla loro capacità di svolgere le funzioni attribuite, imporrebbero un'opera di ripensamento profondo del sistema amministrativo, in un paese che ha proceduto per riforme diverse (prima regionali, poi del governo locale, poi entrambe), per aggiustamenti, senza un vero disegno condiviso e di lungo periodo

Il ripensamento dovrebbe passare da alcuni nodi istituzionali da sciogliere.

- a. L'Italia è paese grande e complesso, che richiede un sistema di autonomie territoriali fondato su due livelli di amministrazioni con funzioni operative (Comuni e Province) e su un livello di programmazione, coordinamento e di guida dei processi di adeguamento degli enti locali alle funzioni loro attribuite (Regione).
- b. Solo nei paesi europei di piccole dimensioni (al di sotto dei 10 milioni di abitanti) vi è un solo livello di governo intermedio tra Comuni e Stato centrale (di natura variabile, provinciale, cioè di ente locale, o regionale). Un livello intermedio di area vasta con funzioni adeguate ad una dimensione media di 500.000 abitanti (nelle Province ordinarie) o di oltre un milione nei territori caratterizzati da forte integrazione e bisognosi di un forte governo unitario (nelle Città metropolitane) si rivela indispensabile per assicurare una solida struttura portante dell'intero sistema amministrativo. La conferma delle Province non può avvenire solo per rispetto formale di una Costituzione che è rimasta invariata, ma sulla base un rinnovato convincimento sull'utilità strategica di rinnovate e rilanciate istituzioni democratiche



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

di area vasta.

c. L'individuazione delle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane, che costituisce il nucleo essenziale indefettibile delle funzioni locali, volto a dare un ruolo e un carattere istituzionale a ciascun livello di governo, deve avvenire con legge statale, al fine di garantire la loro autonomia verso la Regione, ma anche per assicurare la necessaria uniformità al regime giuridico degli enti locali, sia sul versante degli organi di governo che della costruzione della loro autonomia finanziaria. La mancata individuazione, definitiva e operativa, delle funzioni di Comuni e Province che ci portiamo dalla legge n. 142 del 1990 ha minato alle fondamenta ogni prospettiva di corretto riassetto del nostro sistema delle autonomie, anche sul piano finanziario. La differenziazione si realizza con l'attribuzione di ulteriori funzioni, con legge regionale. Ma la differenziazione si realizza soprattutto con l'esercizio dell'autonomia organizzativa: funzioni uguali, fissate dalla legge statale o dalla legge regionale, possono essere svolte con diverse soluzioni organizzative e procedurali rimesse alla capacità innovativa degli enti locali, nel coinvolgimento dei cittadini e delle loro forme associative.

d. I Comuni sono il livello della risposta fondamentale ai bisogni e ai diritti dei cittadini. Le funzioni attribuite dalla legge statale in attuazione del principio di sussidiarietà richiedono una dimensione minima di esercizio da fissare con legge statale (non meno di 20.000 abitanti). Spetta ai Comuni, con l'attivo supporto di adeguate politiche statali e regionali, decidere come raggiungere tale dimensione: con la fusione di più Comuni o con la costituzione di forme associative (o con forme associative che esitano in fusioni). Le forme associative svolgono, in presenza di Comuni ancora di ridotte dimensioni, funzioni che si definiscono "inter-comunali" perché impongono la gestione associata, ma in realtà tutte le funzioni comunali dovrebbero essere esercitate, a regime, alla nuova dimensione territoriale. La soluzione della forma associativa dovrebbe essere "forte", con la costituzione di un'unica amministrazione al servizio di tutti i Comuni associati, che avrebbero strumenti per incidere sulle decisioni comuni e sull'attività dell'amministrazione comune. I Comuni associati, svolgerebbero prevalentemente un ruolo di partecipazione e di rappresentanza della rispettiva popolazione.

e. La Provincia ordinaria svolge funzioni proprie e funzioni delegate (dallo Stato, dalle Regioni, dai Comuni). Sono funzioni proprie le funzioni: a) di area vasta (vigilanza ambientale, ciclo integrato dei rifiuti (salvo la raccolta), trasporti, viabilità);

b) di coordinamento dei Comuni (pianificazione territoriale, localizzazioni, tutela del suolo, dell'ecosistema e del paesaggio) e c) di supporto alle funzioni comunali



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

(stazione unica appaltante, supporto ai processi di digitalizzazione, supporto all'accesso ai fondi europei). Le funzioni proprie della provincia sono "sovra-comunali", perché individuate applicando il principio di sussidiarietà, e non "inter-comunali". In considerazione del contenuto delle funzioni affidate, la Provincia è ente locale costituzionalmente garantito a tutto tondo e può continuare ad essere definita come "casa dei Comuni", nel senso che è particolarmente aperta, nella sua organizzazione nel suo funzionamento, alla presenza dei Comuni per lo svolgimento delle sue funzioni, soprattutto quelle di supporto ai Comuni, ma non può essere "governata dai" Comuni.

f. La Città metropolitana si distingue dalla Provincia ordinaria perché, oltre alle funzioni tipiche di questa, le vengono attribuite funzioni che nelle Province ordinarie sono comunali (la raccolta dei rifiuti, la pianificazione urbanistica, la viabilità, l'edilizia, i trasporti) così da potere adottare tutte le scelte strategiche, di trasformazione attiva e di tutela, e di gestire in forma unitaria servizi pubblici, relativamente all'intera area metropolitana. La titolarità di queste funzioni, quelle tipiche delle Province ordinarie e quelle ordinariamente comunali, ma svolte in forma unitaria, potenzia in modo rilevante il ruolo della pianificazione strategica della Città metropolitana, anche nei rapporti con le diverse amministrazioni, nazionali e regionali, che esercitano funzioni e compiono scelte che incidono sull'assetto del territorio metropolitano.

g. La Regione svolge funzioni di programmazione e coordinamento. Le funzioni operative diverse dalla sanità che le dovessero essere attribuite sulla base del principio di sussidiarietà, vanno svolte con uffici regionali su base provinciale (modello tedesco) e coordinate con le Province. Tra le funzioni di coordinamento della Regione, fondamentale quella dell'accompagnamento del processo di riforma del proprio governo locale. La Regione rappresenta a livello nazionale tutti gli interessi del proprio territorio: della Regione e degli enti locali regionali.

h. La distribuzione delle funzioni tra livelli di governo ha conseguenze precise sulla configurazione degli organi di governo, sulle regole elettorali, sulla finanza autonoma.

i. Dove ci sono funzioni proprie, c'è responsabilità diretta degli organi verso i cittadini, quindi vi è elezione diretta. Salva l'elezione diretta del Sindaco nei Comuni (e l'elezione indiretta degli organi delle forme associative intercomunali), il principio comporta, a livello provinciale, l'elezione diretta dell'assemblea provinciale. È scelta da fare se debba essere eletto direttamente anche il Presidente della Provincia (in ogni caso il venir meno del Presidente, per qualunque motivo, non dovrebbe imporre nuove elezioni, ma la possibilità di sostituirlo fino al termine del mandato



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

dell'assemblea) o se affidare la scelta all'assemblea (eletta con un sistema maggioritario che assicuri continuità di governo per l'intero mandato). Va comunque garantita, nella massima misura possibile, la continuità degli organi per l'intero mandato elettorale. L'elezione indiretta ha senso solo per le soluzioni associative intercomunali. La sua applicazione alle Province da parte della legge n. 56 del 2014 nasce dall'idea di una Provincia governata dai Comuni e ha prodotto governi provinciali estremamente deboli, privi di una solida maggioranza, esposti a poteri di veto dei singoli Comuni.

j. Nelle Città metropolitane, il loro mancato decollo dipende dalla mancata risoluzione del dualismo Città metropolitana-Comune capoluogo. La soluzione del sindaco del Comune capoluogo, eletto direttamente, che è di diritto Sindaco metropolitano poteva passare, come dice la Corte, in via transitoria, ma in sé è anticostituzionale, per assenza di rappresentatività rispetto ai cittadini dei Comuni diversi dal capoluogo. La strada maestra è la divisione del Comune capoluogo in più Comuni, titolari delle stesse funzioni dei Comuni non capoluogo dell'area. Con legge statale si potrebbe disporre, nell'immediato, la trasformazione degli attuali organismi di decentramento comunale in Comuni, in attesa di un'eventuale revisione del loro territorio.

A regime gli organi della CM devono essere eletti direttamente dai cittadini. Il consiglio metropolitano deve garantire una rappresentanza minima dei Comuni non capoluogo compresi nel territorio della CM. Anche il Sindaco metropolitano, dal momento che la CM esercita funzioni che nelle Province ordinarie sono comunali, diversamente dal Presidente della Provincia (che potrebbe essere eletto dal Consiglio), in applicazione delle regole elettorali valide per i Comuni, deve essere eletto direttamente dai cittadini.

k. Le funzioni fondamentali, individuate dalla legge statale, di Comuni, Province e Città metropolitane impongono (art. 119 Cost.) una finanza autonoma fondata soprattutto su imposte locali e non su trasferimenti statali (quelli regionali sono sempre stati irrisori). I trasferimenti servono per finanziarie le ulteriori funzioni attribuite o delegate dallo Stato e dalla Regione (o per gli interventi speciali di cui al comma 5 dell'art.119 Cost.).

l. Una volta conseguito il necessario concorso bipartisan sul loro contenuto, le affermazioni precedenti comportano un duplice approccio: da un lato la necessaria introduzione di norme di principio, destinate a durare nel tempo (meglio sarebbe una legge organica, comunque rafforzata, non facilmente modificabile) e dall'altro l'attivazione di strumenti di immediata applicazione, nella forma dell'approvazione di una comune politica, concordata e condotta unitariamente dallo Stato e dalle



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Regioni fatta di norme di legge, ma soprattutto di concrete politiche attuative (cabine di regia nazionali e in ciascuna Regione). A ciò può provvedere una nuova Carta delle autonomie, articolata in norme generali di garanzia (statica) dell'autonomia locale e in una parte (dinamica) che dia obiettivi da raggiungere e organizzi i principali strumenti attuativi. La Carta delle autonomie cui lavorare può essere scritta senza dover modificare il testo costituzionale. In questa prospettiva positivo l'approccio della Commissione Pajno, che ha proposto un testo che mira alla definizione dei tratti essenziali del governo locale (funzioni fondamentali, organi, sistema elettorale) in attuazione dei soli poteri spettanti allo Stato (art. 117, comma 2 lettera p), Cost.). Resta aperto il problema del superamento delle attuali regole costituzionali (art.133 Cost.) sul procedimento per la modificazione degli ambiti territoriali degli enti locali. Per i Comuni (le regole non sono di rango costituzionale, ma ritenute di forte presidio di autonomia) il referendum dovrebbe svolgersi su ipotesi complessive di fusione o di costituzione di forme associative e potrebbe dare anche indicazioni utili per la legge regionale di modifica. Per le Province non ha senso richiedere (art. 133 Cost.) l'iniziativa dei Comuni, che ha anche dato luogo ad improprie moltiplicazioni del numero delle Province, né hanno senso referendum sui confini. Per le Città metropolitane, cui si applicherebbero per estensione le regole delle Province, non ha senso l'iniziativa dei Comuni, ma è necessaria una legge statale, approvata previa intesa con la Regione interessata.

m. La Carta delle autonomie sarebbe quindi una "legge di principi e di riforma", sul modello della legge n.142 del 1990, ma, se possibile, maggiormente (rispetto al 1990) assistita da norme di diretta attuazione. Così come la legge n. 142 coesisteva con l'allora vigente TUEL (del 1935!), la nuova Carta delle autonomie potrebbe coesistere con il TUEL del 2000, magari abrogando da esso le norme immediatamente incompatibili.

n. In un processo di riforma rapido ed efficace, va approvata la Carta delle autonomie, che può procedere alla revisione completa del TUEL, nel senso di una sua forte semplificazione. In questa prospettiva la Carta sostituisce il TUEL, di cui non vi è più bisogno. Non ha senso oggi un lavoro di correzione del TUEL del 2000, come quello ancora una volta riproposto con il DDL governativo presentato nell'ottobre del 2021, perché conferma un modello di normazione di estremo dettaglio (si pensi alle norme sull'organizzazione interna e sulla contabilità) che in prospettiva deve essere totalmente superato perché lesivo dell'autonomia organizzativa degli enti locali. Le discipline di settore che toccano le amministrazioni locali devono restare dove sono (TU pubblico impiego, compresa la dirigenza e la promozione della performance; trasparenza; anticorruzione; digitalizzazione), senza



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

riprodurle nella Carta. Nella Carta, invece, devono stare, come proposto dalla Commissione Pajno, le norme sui segretari (di cui garantire l'indipendenza di giudizio) e di fissazione di principi generalissimi sull'organizzazione (la disciplina dell'organizzazione è riservata alla fonte autonoma regolamentare ai sensi dell'art. 117, comma 2, lettera g), Cost.), le norme sullo status degli amministratori locali (comprensivo del regime delle eleggibilità, incandidabilità e inconfiribilità), la disciplina dei servizi pubblici locali (evitando ulteriori spinte a privatizzazioni puramente formali).

o. La Carta delle autonomie locali italiana sarebbe legge di adempimento degli obblighi internazionali che l'Italia ha assunto firmando (nel 1985) e ratificando (nel 1990) la Carta europea delle autonomie locali (CEAL). Il Congresso delle autonomie locali del Consiglio d'Europa registrerebbe con favore l'approvazione della nuova Carta italiana. Il Governo italiano potrebbe anche chiedere al Congresso d'Europa, che svolge ordinariamente questa funzione, un parere, una preventiva valutazione sulla conformità della nuova Carta italiana, come disegnata nel decreto legislativo delegato, ai principi della CEAL.

p. L'adozione della Carta potrebbe essere inserita nel processo di riflessione avviato nelle UE con la Conferenza sul futuro dell'Europa. In quella sede si potrebbe chiedere che entri tra i compiti dell'Unione anche la definizione di principi indefettibili (sussidiarietà, democraticità, autonomia normativa, organizzativa e finanziaria) che gli Stati membri devono rispettare nel disciplinare l'assetto istituzionale delle proprie autonomie territoriali. Principi ben più precisi di quelli, estremamente labili, oggi contenuti nella Carta dei diritti fondamentali della UE (art. 40), nel TUE (art. 10), nel TFUE (art. 20, par.2). Una sorta di Carta delle autonomie locali destinata a vincolare gli Stati membri della Ue, in modo possibilmente più cogente di quanto possa fare la CEAL del Consiglio d'Europa. Sull'esempio degli accertamenti compiuti dalla UE sulla democraticità in alcuni paesi membri (Polonia, Ungheria), la UE potrebbe sanzionare gli Stati che adottino o mantengano legislazioni in contrasto con i principi di autonomia territoriale condivisi a livello UE. Si può anche ipotizzare che la UE faccia propria la CEAL e affidi i processi di monitoring sul suo rispetto al Congresso dei poteri locali del Consiglio d'Europa.

4. L'intervento immediato e urgente per il rilascio di Province e Città Metropolitane

Se si ritiene che l'opera per giungere alla Carta delle autonomie locali sia di durata



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

troppo lunga in rapporto all'esigenza di un sollecito intervento su Province e Città metropolitane, si può pensare ad una legge immediata, che avesse per oggetto l'individuazione delle funzioni fondamentali, gli organi di governo e le relative regole elettorali, l'individuazione di cespiti adeguati all'integrale finanziamento delle funzioni fondamentali, con riferimento ai soli enti di area vasta.

Considerata la condizione di forte depauperamento di risorse, finanziarie e professionali, delle Province e del mancato decollo delle amministrazioni delle Città metropolitane, sostanzialmente lasciate nelle condizioni operative delle preesistenti Province, la legge dovrebbe avere anche un forte contenuto di politica attiva di investimento, immediato, di risorse adeguate all'obiettivo di ridare agli enti di area vasta le necessarie, essenziali, condizioni di operatività.

A sostegno di una tale soluzione vi sono due argomenti forti, da spendere anche nel dibattito politico.

Il primo, fondato sul piano giuridico, è quello della rimozione della condizione di incostituzionalità del regime attuale di Province e Città metropolitane.

Il secondo argomento: solo la costituzione di una rete robusta di amministrazioni di area vasta rende credibile l'attuazione dei progetti del PNRR di competenza delle autonomie locali. La dimensione attuale, in termini territoriali e di popolazione, di Province e Città metropolitane, consente di affidare direttamente a tali enti importanti progetti finanziati con i fondi europei, con buone possibilità di realizzazione. D'altra parte, la loro acquisita capacità di agire a supporto dei Comuni (stazioni appaltanti unificate, accesso di fondi comunitari), posta in luce dall'indagine svolta dal Dipartimento di scienze politiche di Perugia per conto dell'UPI, può essere valorizzata in tempi rapidi e posta al servizio dell'intero sistema amministrativo italiano.

L'attuale condizione delle Province consente di affermare che il nuovo investimento, strategico, sulle Province non ha nulla di un ritorno al passato, ma punta ad istituzioni democratiche moderne, caratterizzate da un elevato profilo organizzativo e tecnico, perno dell'intero sistema amministrativo. Una via democratica, non tecnocratica, per assicurare al sistema la necessaria qualità.

Si può pertanto ipotizzare l'approvazione, bipartisan, di una legge ordinaria, speciale, di correzione della legislazione vigente (TUEL e legge Delrio) con la quale vengano:

a. individuate le funzioni fondamentali delle Province e delle Città metropolitane, attribuite con immediatezza agli enti di area vasta. Si può fare questa operazione senza occuparsi anche delle funzioni fondamentali dei Comuni? Sì, alla luce del principio di sussidiarietà verticale dell'art.118 Cost, che vuole affidate ai Comuni tutte le funzioni di risposta ai bisogni fondamentali dei cittadini, salvo quelle



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

che richiedono un "esercizio unitario". La legge ipotizzata svolgerebbe proprio il compito di procedere all'individuazione delle funzioni sovracomunali di area vasta, tutte le altre restando ai Comuni.

b. individuati gli organi di governo destinati ad operare a regime e dettate disposizioni transitorie sulla permanenza degli organi attualmente in carica e i modi e i tempi per giungere alla formazione degli organi a regime.

Per le Province a regime gli organi sono: il Presidente e la sua Giunta, il consiglio provinciale, l'assemblea dei Sindaci. Il Consiglio provinciale è eletto direttamente dai cittadini, con una possibile correzione: se la popolazione del Comune capoluogo dovesse superare il 50% della popolazione provinciale, i cittadini del Comune capoluogo non eleggono più del 50% dei consiglieri. Il Presidente della Provincia è eletto direttamente dai cittadini ovvero dal Consiglio. L'assemblea dei Sindaci è costituita di diritto dai Sindaci in carica e interviene, ai sensi dello Statuto provinciale, su alcune decisioni strategiche della Provincia.

Per le Città metropolitane a regime gli organi sono: il Sindaco metropolitano e la sua Giunta, Il consiglio metropolitano (formato con la correzione di cui sopra, proporzionata al rapporto tra popolazione del Comune capoluogo e altri Comuni della CM), l'Assemblea dei Sindaci.

Il sindaco metropolitano è eletto direttamente insieme al Consiglio.

c. fissate le regole elettorali. In generale si può applicare alle Province il sistema maggioritario in vigore per i Comuni al di sopra dei 15.000 abitanti. Qualora si decidesse di affidare al Consiglio provinciale il compito di eleggere il Presidente, il Consiglio andrebbe formato con un sistema a due turni con assegnazione del 60% dei seggi alla coalizione vincente. Occorre evitare che le elezioni provinciali abbiano un costo proprio; esse potrebbero essere temporalmente legate allo svolgimento delle elezioni europee (le prossime nel 2024).

d. fissate le disposizioni transitorie valide in attesa della formazione degli organi a regime.

Pur affermando la legge la relazione stretta tra funzioni proprie (e dirette, esercitate nei confronti degli elettori) e elezione diretta degli organi di governo, può essere accettato per le Province un passaggio all'elezione diretta anche graduale, nel senso che si indicano le elezioni provinciali in concomitanza con le prossime elezioni europee e gli attuali organi restano in carica. Il Presidente eletto indirettamente deve, però, avere subito una sua Giunta, con la necessaria presenza di rappresentanti dei Comuni non capoluogo; la durata in carica di questi organi dovrebbe avere la durata necessaria per arrivare fino alla prossima elezione diretta.

Per le Città metropolitane, vista la recente elezione di quasi tutti i sindaci dei Comuni



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

capoluogo e i tempi non brevi per giungere alla suddivisione dei Comuni capoluogo (salva la suddivisione per legge prima ipotizzata), la soluzione di mantenere l'attribuzione di diritto della titolarità al Sindaco del comune capoluogo potrebbe essere accolta, a condizione che si tratti di una sola volta, non ulteriormente prorogabile, e che vi siano robusti contro-bilanciamenti, primo tra tutti l'attribuzione ai cittadini (o ai consiglieri comunali, in via indiretta) dei Comuni non capoluogo del potere di eleggere almeno un numero significativo dei componenti del consiglio; il Consiglio metropolitano dovrebbe essere rieletto (sempre indirettamente) ma con la garanzia di rappresentanza per i comuni non capoluogo. Il regime transitorio, volto e finalizzato alla costruzione dell'assetto a regime, non può in ogni caso superare la durata del mandato dei Sindaci dei Comuni capoluogo attualmente in carica. Se allo scadere del mandato degli organi del Comune capoluogo non si è provveduto alla suddivisione del comune capoluogo, scatta la misura della immediata trasformazione, con decreto legislativo delegato dalla legge speciale, degli organismi di decentramento comunale in Comuni.

- e. individuato l'assetto a regime della finanza provinciale e metropolitana.
- f. definiti provvedimenti, di competenza del governo, per l'immediato potenziamento organizzativo di Province e Città metropolitane: un sistema di immediati trasferimenti finanziari; un sistema di immediato reclutamento nazionale di funzionari tecnici, da distribuire con criteri nazionali tra tutti gli enti di area vasta. L'onere finanziario di questa immissione straordinaria di funzionari tecnici andrebbe sostenuto per un primo periodo con i fondi del PNRR e poi con la finanza ordinaria degli enti di area vasta, una volta che questa sia operativa a regime.

5. Una possibile road map

In conclusione, si può immaginare un percorso che consista nei seguenti passaggi:

1. Approvazione di una legge di immediata attribuzione, a Province e Città metropolitane, di funzioni fondamentali chiare, sovracomunali di area vasta, per le Province ordinarie, strategiche e di gestione integrata dei servizi per le Città metropolitane; di individuazione degli organi di governo a regime; di attribuzione di immediate risorse finanziarie, anche attraverso trasferimenti dello Stato, e di immediate risorse di personale qualificato; di mantenimento in carica degli organi di governo formati ai sensi della legge n. 56 del 2014, ma solo fino alla data individuata per lo svolgimento delle elezioni dirette.
2. Sul disegno di legge governativo può essere richiesto il parere del Congresso delle autonomie locali del Consiglio d'Europa.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

3. Insediamento di una commissione nazionale di esperti, designati dallo Stato, dalle Regioni e dagli enti locali, con il compito di redigere uno schema di legge delega per la adozione di decreto legislativo contenente una Carta delle autonomie locali destinata, riprendendo i lavori della Commissione Pajno, risolvendo i nodi ancora aperti e superando il TUEL, a fissare regole e principi di garanzia dell'autonomia, accompagnata da disposizioni per l'attuazione di attive politiche di investimento e riforma di Comuni, loro fusioni o forme associative, Province e Città metropolitane. La Commissione potrebbe lavorare, nel corso dell'approvazione della legge delega, alla predisposizione del testo della Carta delle autonomie.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

La rielezione di Mattarella: una scelta che rassicura*

di Gian Candido De Martin**

28 febbraio 2022

Abstract: Il Parlamento ha deciso di rieleggere Sergio Mattarella come Presidente della Repubblica, confermando così il suo mandato. La sua rielezione lo rende il secondo Presidente più votato di sempre, collocandosi al secondo posto dopo Sandro Pertini.

Parliament has decided to re-elect Sergio Mattarella as President of the Republic, thus confirming his term. His reelection makes him the second most voted president ever, placing him second after Sandro Pertini.

La corale soddisfazione per la riconferma a larghissima maggioranza di Sergio Mattarella a Presidente della Repubblica, dopo una settimana travagliata da tanti tentativi e forzature di parte, rappresenta di per sé il riconoscimento migliore della bontà della scelta operata dal parlamento integrato dai delegati regionali. In effetti, senza qui riprendere i molteplici significativi attestati di stima che immediatamente sono stati formulati – oltre che dalla maggior parte delle forze politiche e sociali nazionali – anche dai responsabili europei e di altri Paesi democratici, si è subito percepito il ripristino di un clima di serenità dopo le tensioni e contrapposizioni di candidature a vario titolo inadeguate, se non talora pericolose per la stabilità del governo in un delicato periodo di emergenze sanitarie, economiche e sociali.

D'altra parte, la generale condivisione per il proseguimento dell'alta responsabilità di un presidente che già aveva dimostrato la concreta capacità di rappresentare i valori unitari della Repubblica e di garantire tutto il sistema, specie nei momenti di crisi, con un rigoroso rispetto della Costituzione, non è che la riconferma di un diffuso apprezzamento per Mattarella, oggetto negli ultimi mesi in svariate occasioni pubbliche di tanti applausi sinceri in quanto simbolo della politica che tutti i cittadini democratici vorrebbero. Dunque un'ottima notizia per il nostro Paese, evidenziata anzitutto dal prolungato applauso di chi lo aveva eletto, seppure a fronte della cattiva prova di molti leader dei partiti politici.

In attesa delle dichiarazioni presidenziali dopo il giuramento per il nuovo mandato, ci

* Pubblicato sul blog di "Dialoghi" del 1° febbraio 2022.

** Professore emerito di Diritto pubblico, LUISS Guido Carli.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

sembra che si possano – anzi si debbano – fin d'ora sottolineare almeno tre elementi salienti riguardo a quanto accaduto e alle prospettive. In primo luogo la testimonianza che si è avuta dell'esemplare senso del dovere da parte di Mattarella, il quale – pur riluttante al rinnovo del mandato sia per comprensibili ragioni personali sia perchè convinto dell'inopportunità costituzionale di una rielezione ad una carica di così lunga durata – ha saputo far prevalere, come rilevato da papa Francesco, uno “spirito di generosa responsabilità”, anzitutto perchè sollecitato dalla spontanea iniziativa di tanti parlamentari a fronte delle difficoltà dei leader di partito. E' qui emersa una volta di più la matrice della sua formazione culturale politico-democratica, in cui il senso del servizio ha un preciso significato.

Si può poi aggiungere che questa sua capacità di ascolto e di dedizione al bene comune – in sintonia con quanto auspicato nel documento “Il Presidente che vorremmo”, sottoscritto anche dall'Istituto Bachelet – rappresenta una specifica garanzia di poter contare su un vertice del sistema in grado di esercitare, quando necessario, quel ruolo di mediazione e saggia ponderazione che può assicurare equilibrio tra i poteri e stabilità di governo, tanto più indispensabile in una fase così delicata con varie emergenze, in cui si devono tra l'altro operare scelte tempestive e coerenti col Pnrr ed evitare derive propagandistiche o populistiche.

C'è inoltre particolare necessità di poter contare nei prossimi anni di un'autorità istituzionale *super partes* capace di rendersi davvero interprete delle attese e delle speranze dei cittadini, in grado anche di richiamare organi pubblici e forze politiche a esercitare i propri compiti per dar vita ad alcune riforme da considerare prioritarie. A cominciare, già in questo finale di legislatura, dall'adeguamento dei regolamenti parlamentari per tener conto del nuovo volto delle due camere e dell'esigenza di scoraggiare i cambi di casacca, nonché della necessità di una legge elettorale che ripristini la possibilità reale di scegliere gli eletti da parte degli elettori. E poi, appena possibile, la revisione del bicameralismo perfetto, con spazio alle autonomie, e l'impossibilità pro futuro di rielezione del Capo dello Stato.



La regolazione del servizio idrico: l'ARERA, il Piano Nazionale Ripresa e Resilienza e il Quadro Strategico 2022-2025

di Valerio Di Stefano*

14 marzo 2022

Sommario: 1. Introduzione: la Legge Galli e i primi organismi di regolazione. – 2. Le riforme recenti: l'Agenzia Nazionale per la Regolazione e la Vigilanza in materia di acque – 3. L'Autorità per l'Energia elettrica e il Gas e l'Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema idrico. – 4. La nuova Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente: l'attuale quadro di regolazione. – 5. La soppressione delle Autorità d'Ambito: cenni. – 6. L'importanza del modello di regolazione indipendente. – 7. Il Piano Nazionale Ripresa e Resilienza. – 8. Il nuovo Quadro Strategico 2022-2025 dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente: gli obiettivi strategici del settore idrico in ottica di sostenibilità. – 9. Considerazioni finali.

Abstract: Il presente elaborato è volto a fornire una panoramica circa la regolamentazione del servizio idrico integrato, analizzando l'intera evoluzione che le norme atte alla gestione delle risorse idriche hanno subito dalla sua origine sino ai giorni nostri. L'introduzione al tema riguarda la Legge Galli e gli organismi di regolazione che, in origine, furono istituiti per garantire una corretta supervisione e controllo in determinati settori; successivamente, dopo l'analisi di talune riforme e istituti susseguitosi nel tempo (tra questi, l'Agenzia Nazionale per la Regolazione e la Vigilanza in materia di acque e l'Autorità per l'Energia elettrica, il Gas e il Sistema idrico), lo studio evidenzia l'importanza del modello di regolazione indipendente e il delicato ruolo che il settore del servizio idrico svolge nel nostro ordinamento. A riguardo, si pone una particolare attenzione al PNRR, quale ultimo strumento di rilievo nel settore in esame, e al nuovo Quadro Strategico 2022-2025 con i suoi obiettivi strategici per il settore idrico in termini di sostenibilità.

The purpose of this paper is to provide an overview about the regulation of integrated water service, analyzing the entire evolution that the regulations apt to the management of water resources have undergone from its origin to the present day. The introduction to the topic concerns the Galli Law and the regulatory bodies that were originally established to ensure proper supervision and control in certain sectors; subsequently, after the analysis of certain reforms and institutes that have followed over time (among them, the National Agency for Water Regulation and Supervision and the Authority for Electricity, Gas and THE Water System), the study highlights the importance of the independent regulation model and the delicate role that the water service sector plays in our system. In this regard, special attention is paid to the PNRR, as the latest relevant instrument in the sector under review, and the new Strategic Framework 2022-2025 with its strategic objectives for the water sector in terms of sustainability.

1. Introduzione: la Legge Galli e i primi organismi di regolazione

Il servizio idrico integrato è disciplinato nel nostro ordinamento dalla legge n. 36 del 5 gennaio 1994 recante "*Disposizioni in materia di risorse idriche*", anche definita legge Galli,



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

che si è posta l'obiettivo di riorganizzare il sistema idrico, poiché fino a quel momento si assisteva ad una frammentazione e dipendenza economica dai comuni, con conseguente dispersione gestionale²⁴⁸.

La legge Galli, dal nome del suo relatore in Commissione ambiente della Camera, per la dottrina maggioritaria²⁴⁹ rappresenta il vero punto di svolta e di rivoluzione della normativa italiana sull'organizzazione dei servizi idrici. La predetta legge riveste, altresì, un ruolo fondamentale per l'individuazione degli organismi di regolazione e di vigilanza del settore idrico in Italia assenti nel panorama nazionale prima dell'emanazione di tale legge.

Tra le principali novità previste dalla nuova norma vi è sicuramente l'abolizione del Comitato di vigilanza sulle risorse idriche (Coviri) caratterizzato da povertà di poteri e di risorse e ritenuto poco utile ed inefficace. Il legislatore infatti ha abrogato l'articolo 159 del Codice dell'Ambiente tramite l'articolo 1 comma 5 decreto legge n. 284/2006: "*Gli articoli 159, 160 e 207 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, sono abrogati e il Comitato per la Vigilanza sull'uso delle Risorse Idriche e l'Osservatorio nazionale sui rifiuti sono ricostituiti ed esercitano le relative funzioni*".

Tra le principali funzioni del Comitato vi era quella relativa alla regolazione e alla vigilanza sull'attuazione della riforma e sulla gestione del servizio al fine di garantire l'osservanza dei principi di efficienza, efficacia ed economicità, la regolare determinazione e adeguamento delle tariffe²⁵⁰ e la tutela dell'interesse degli utenti²⁵¹.

2. Le riforme recenti: l'Agenzia Nazionale per la Regolazione e la Vigilanza in materia di acque

Con il decreto-legge n. 70/2011, convertito con modificazioni nella legge n. 106/2011, il legislatore ha rinunciato a conferire le funzioni di regolazione del settore idrico ad Autorità già esistenti, come avvenuto in passato, favorendo il modello dell'Agenzia amministrativa e quello dell'Autorità Indipendente al duplice fine di porre un freno al processo di

* Professore di Diritto Amministrativo Europeo, Università degli Studi Guglielmo Marconi.

²⁴⁸ Tra i molti soggetti che si sono espressi in materia di servizio idrico, per approfondimenti sulla disciplina si confronti con N. LUGARESI, F. MASTRANGELO, *La disciplina giuridica delle risorse idriche*, Maggioli Editore, 2004.

²⁴⁹ Tra gli altri: S. CIMINI, *Il servizio idrico integrato alla luce del Codice dell'ambiente e delle ultime novità normative*, Università degli Studi di Perugia, 2011.

²⁵⁰ Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 20 gennaio 2014, n. 255, con nota di L. TESSAROLO, *Il passaggio di competenze dal CIPE all'AEED in merito alle determinazioni della tariffa del servizio idrico per le gestioni cd transitorie*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2014.

²⁵¹ R. MICALIZZI, *La tariffa del servizio idrico integrato*, Rivista Quadrimestrale Di Diritto Dell'ambiente, 2015.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

frammentazione dello Stato e, di conseguenza, vigilare sui conti pubblici²⁵².

L'Agenzia Nazionale per la Regolazione e la Vigilanza in materia di acque è stata istituita, come su accennato, con l'obiettivo di garantire l'osservanza dei principi contenuti nel Codice dell'Ambiente in tema di gestione delle risorse idriche e di organizzazione del servizio idrico, con particolare riguardo alla tutela degli interessi degli utenti, alla regolare determinazione e adeguamento delle tariffe, e alla promozione dell'efficienza, dell'economicità e della trasparenza nella gestione dei servizi idrici.

L'Agenzia era un soggetto giuridicamente distinto e funzionalmente indipendente dal Governo, che operava in conformità a principi di autonomia organizzativa, tecnico-operativa e gestionale, di trasparenza e di economicità, tipici dell'attività della pubblica amministrazione²⁵³.

A decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto-legge n. 70/2011, all'Agenzia sono state trasferite le funzioni in passato attribuite alla Commissione Nazionale per la Vigilanza sulle Risorse Idriche (CoNViRI)²⁵⁴ dall'articolo 161 del Codice dell'Ambiente e dalle altre disposizioni vigenti alla data di entrata in vigore del decreto-legge n. 70/2011.

L'articolo 10, comma 14, del decreto-legge n. 70/2011 demandava inoltre, all'Agenzia, lo svolgimento, con indipendenza di valutazione e di giudizio, delle seguenti funzioni:

- a) definire i livelli minimi di qualità del servizio, sentite le Regioni, i gestori e le associazioni dei consumatori, e vigilare sulle modalità della sua erogazione, esercitando poteri di acquisizione di documenti, accesso e ispezione e irrogando, in caso di inosservanza, in tutto o in parte, propri provvedimenti, sanzioni amministrative pecuniarie non inferiori nel minimo ad Euro 50.000 e non superiori nel massimo a Euro 10.000.000;
- b) proporre al soggetto affidante la sospensione o la decadenza della concessione, in caso di reiterazione delle violazioni, ferma restando la necessità di non compromettere la fruibilità del servizio da parte degli utenti;
- c) determinare obblighi di indennizzo automatico in favore degli utenti in caso di violazione dei propri provvedimenti;

²⁵² A.M. ALTIERI, *I servizi pubblici locali organizzati in ambiti territoriali ottimali*, in Gior. Dir. Amm., 2013.

²⁵³ Art. 1 l. 241/1990. "l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario".

²⁵⁴ Tra i compiti fondamentali affidati alla Commissione vi era quello di garantire l'osservanza dei principi della legge di riforma dei servizi idrici, con particolare riferimento all'efficienza, efficacia ed economicità del servizio, alla regolare determinazione ed al regolare adeguamento delle tariffe, nonché alla tutela degli interessi degli utenti. Alla Commissione era conferito il potere di adire i tribunali competenti nei confronti di atti compiuti in violazione della normativa vigente in materia di servizi idrici integrati, nonché di esercitare l'azione di responsabilità contro i direttori e il risarcimento dei danni alla protezione dei diritti degli utenti.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

- d) predisporre una o più convenzioni tipo di cui all'articolo 151 del Codice dell'Ambiente;
- e) definire le componenti di costo per la determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici per i vari settori di impiego dell'acqua, anche in proporzione al grado di inquinamento ambientale derivante dai diversi tipi e settori di impiego ed ai costi conseguenti a carico della collettività;
- f) individuare il metodo tariffario per la determinazione, con riguardo a ciascuna delle quote in cui tale corrispettivo si articola, della tariffa del servizio idrico integrato, sulla base della valutazione dei costi e dei benefici dell'utilizzo delle risorse idriche e tenendo conto, in conformità ai principi sanciti dalla normativa comunitaria, sia del costo finanziario della fornitura del servizio che dei relativi costi ambientali e delle risorse, affinché siano pienamente attuati il principio del recupero dei costi e il principio di "*chi inquina paga*²⁵⁵", con esclusione di ogni onere derivante dal funzionamento dell'Agenzia;
- g) stabilire le modalità di revisione periodica, vigilando sull'applicazione delle tariffe, e, nel caso di inutile decorso dei termini previsti dalla legge per l'adozione degli atti di definizione della tariffa da parte delle autorità al riguardo competenti, come individuate dalla legislazione regionale in conformità a linee guida approvate con decreto del Ministro dell'Ambiente previa intesa raggiunta in sede di Conferenza unificata, provvedere nell'esercizio del potere sostitutivo, su istanza delle amministrazioni o delle parti interessate, entro sessanta giorni, previa diffida all'autorità competente ad adempiere entro il termine di venti giorni;
- h) approvare le tariffe predisposte dalle autorità competenti;
- i) verificare la corretta redazione del piano d'ambito, esprimendo osservazioni e rilievi e impartendo, a pena d'inefficacia, prescrizioni sugli elementi tecnici ed economici e sulla necessità di modificare le clausole contrattuali e gli atti che regolano il rapporto tra le Autorità d'Ambito Territoriale Ottimale e i gestori del servizio idrico integrato;
- j) emanare direttive per la trasparenza della contabilità delle gestioni e valutare i costi delle singole prestazioni, definendo indici di valutazione anche su base comparativa della efficienza e della economicità delle gestioni a fronte dei servizi resi;
- k) esprimere pareri in materia di servizio idrico integrato su richiesta del Governo, delle Regioni, degli Enti Locali, delle Autorità d'Ambito, dei gestori e delle associazioni dei consumatori, e tutelare i diritti degli utenti anche valutando reclami, istanze e segnalazioni in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio, nei confronti dei quali può intervenire con i provvedimenti di cui alla lettera a);

²⁵⁵ Il principio «chi inquina paga» è un principio semplice basato sul buon senso: chi inquina, che potrebbe essere il responsabile o l'attività che causa l'inquinamento, deve pagare per rimediare al torto. Ciò potrebbe implicare la bonifica dell'area inquinata o la copertura dei costi sanitari delle persone colpite. E' previsto dal Diritto Amministrativo Europeo e per parte della dottrina (V. DI STEFANO) è il caposaldo del diritto ambientale europeo.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

- l) formulare proposte di revisione della disciplina vigente, segnalandone altresì i casi di grave inosservanza e di non corretta applicazione;
- m) predisporre annualmente una relazione sull'attività svolta, con particolare riferimento allo stato e alle condizioni di erogazione dei servizi idrici e all'andamento delle entrate in applicazione dei meccanismi di autofinanziamento, da trasmettere al Parlamento e al Governo entro il 30 aprile dell'anno successivo a quello cui si riferisce.

Dalle norme citate, emerge chiaramente l'intenzione del legislatore di attribuire all'Agenzia un ruolo differente rispetto a quello svolto in passato e previsto per il Comitato e la Commissione, dai quali differisce sia sotto il profilo organizzativo che funzionale. L'Agenzia è stata, dunque, istituita con lo scopo di garantire l'osservanza dei principi contenuti nel Codice dell'Ambiente in tema di gestione delle risorse idriche e di organizzazione del servizio idrico, soprattutto in riferimento alla tutela dell'interesse degli utenti, alla regolare determinazione e adeguamento delle tariffe, nonché alla promozione dell'efficienza, dell'economicità e della trasparenza nella gestione dei servizi idrici²⁵⁶.

3. L'Autorità per l'Energia elettrica e il Gas e l'Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema idrico

Da quanto sopra riportato, si comprende come il settore idrico sia stato per molto tempo contrassegnato dalla mancanza di un efficace sistema di regolazione e dall'assenza di un'autorità nazionale di regolazione indipendente, operante in una logica di cooperazione tra i vari livelli istituzionali di governo, capace di affiancare il processo di riorganizzazione del settore, favorendo gestioni efficienti ed adeguati standard di qualità per gli utenti.

La privatizzazione dei servizi pubblici ha portato però il legislatore all'adozione di norme generali in materia di regolazione dei servizi di pubblica utilità e all'istituzione di autorità indipendenti preposte all'esercizio di tali funzioni, prevedendo altresì l'istituzione di un'autorità di regolazione per i servizi idrici²⁵⁷.

Una ulteriore innovazione si è avuta con il decreto legge n. 201/2011, convertito nella legge n. 214/2011, che ha istituito all'Autorità per l'Energia elettrica e il Gas e il Servizio Idrico (AEEGSI) attribuendole "*le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici*" in precedenza affidate all'Agenzia Nazionale per la Regolazione e la Vigilanza in Materia di Acqua, che invece è stata soppressa dal predetto decreto legge²⁵⁸.

²⁵⁶ Tra gli altri si consiglia per approfondimento E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia*, Giappichelli Editore, cap. IV e V, 2018 nonché G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli Editore, 2021.

²⁵⁷ E. CARDI, *op. cit.*

²⁵⁸ Si legge nella l. 214/2011: "con riguardo all'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, sono trasferite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici, che vengono esercitate con i medesimi poteri attribuiti all'Autorità stessa dalla legge 14 novembre 1995, n. 481. Le funzioni da trasferire sono individuate



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Infatti, l'Autorità per l'Energia elettrica e il Gas (A.E.E.G.) istituita dalla legge n. 481/1995, con il compito di tutelare gli interessi dei consumatori e di promuovere la concorrenza, l'efficienza e la diffusione di servizi con adeguati livelli di qualità, attraverso l'attività di regolazione e di controllo, non aveva, inizialmente, compiti in materia di regolazione del servizio idrico.

L'introduzione delle autorità indipendenti nel nostro ordinamento è stata indispensabile anche a causa della necessità di affidare la tutela di interessi pubblici collettivi, di rilevanza costituzionale ad organismi terzi e neutrali rispetto agli interessi di settore. L'esigenza di evitare interferenze nell'amministrazione ha portato all'affermazione della nozione di "*neutralità amministrativa*" intesa come indifferenza rispetto agli interessi socialmente rilevanti che governano i vari settori in cui le amministrazioni operano. L'avvento delle autorità amministrative indipendenti è stato determinato altresì dal progressivo svilupparsi del concetto di "mercato" e dei principi in materia di tutela della concorrenza²⁵⁹.

Ciascuna Autorità rappresenta un organo collegiale costituito dal Presidente e da quattro membri nominati con decreto del Presidente della Repubblica e agisce in piena autonomia e con indipendenza di giudizio nel quadro degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo e dal Parlamento e delle norme europee, e adotta le proprie decisioni sulla base della legge istitutiva e definisce le procedure ed i regolamenti per l'organizzazione interna, il funzionamento e la contabilità. L'Autorità svolge, altresì, una funzione consultiva nei confronti del Parlamento e del Governo, ai quali può formulare segnalazioni e proposte e presenta, inoltre, una relazione annuale sullo stato dei servizi e sull'attività svolta.

Le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici con riferimento all'AEEGSI sono individuate dal D.P.C.M. del 20 luglio 2012.

In primo luogo, sul fronte della qualità dei servizi e della tutela degli utenti, l'Autorità opera definendo i livelli minimi e gli obiettivi di qualità del servizio idrico integrato, e vigilando sulle modalità di erogazione del servizio stesso, determinando gli obblighi di indirizzo automatico in favore degli utenti in caso di violazione dei provvedimenti, tutelando i diritti degli utenti anche con la valutazione dei reclami, istanze, segnalazioni ed, infine, determinando gli obblighi di indirizzo automatico in favore degli utenti stessi.

L'Autorità, inoltre, definisce le componenti di costo per la determinazione della tariffa del servizio idrico integrato, predispone e rivede periodicamente il metodo tariffario per la determinazione della tariffa stessa, approva le tariffe del servizio idrico integrato proposte

con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto".

²⁵⁹ La presenza di una autorità indipendente ha contribuito al passaggio da un sistema fortemente decentralizzato (EGA) in un modello in cui l'ARERA rappresenta il baricentro di riferimento sia dei regolatori locali sia dei gestori. L'autorità si inserisce su un livello trasversale, che dal 2011, a seguito della ripartizione delle competenze con il MATT, esercita funzioni di regolazione tariffaria e della qualità tecnica e commerciale delle gestioni.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

dal soggetto competente sulla base del piano d'ambito²⁶⁰.

Riguardo agli atti che concorrono a disciplinare il servizio, l'Autorità predispone una o più convenzioni tipo²⁶¹ per la regolazione dei rapporti tra autorità competenti all'affidamento del servizio e soggetti gestori; verifica la corretta redazione del piano d'ambito, acquisisce la valutazione delle regioni sulla coerenza dei piani d'ambito con la pianificazione regionale e provinciale del settore.

Per ciò che concerne la rendicontazione, adotta direttive per la trasparenza della contabilità e per la separazione contabile e amministrativa dei gestori del servizio idrico integrato o dei suoi segmenti, nonché effettua la rendicontazione periodica dei dati gestionali ai fini dello svolgimento dei propri compiti istituzionali, assicurando la corretta disaggregazione dei dati.

In merito all'attività di *advocacy*²⁶², esprime pareri in materia di servizio idrico integrato su richiesta del governo, delle regioni e dei soggetti che affidano il servizio, formula proposte di revisione della disciplina vigente segnando i casi di grave inosservanza e di non corretta applicazione, integra la relazione al governo e al Parlamento con un'apposita sezione sullo stato e sulle condizioni del servizio idrico integrato.

Infine, sul fronte dell'informazione, l'autorità svolge funzione di raccolta, elaborazione e restituzione di dati statistici e conoscitivi, assicurando l'accesso generalizzato, anche per via informatica, ai dati raccolti e alle elaborazioni effettuate per la tutela degli interessi degli utenti.

L'esercizio di tali poteri rende l'autorità un vero e proprio protagonista del servizio idrico integrato. Il "*Decreto Sblocca Italia*" n. 133/2014 ridisegna la governance e assegna nuovi compiti all'AEEGSI, tra cui: 1) il compito di vigilanza e di segnalazione alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, delle Regioni che non esercitano i propri poteri sostitutivi nei confronti degli enti di governo d'ambito, inadempienti nell'assegnazione del

²⁶⁰ G. MOCAVINI, *Le dimensioni della tariffa del servizio idrico integrato*, MUNUS, 773-793, 2019.

²⁶¹ Competenza precedentemente delle regioni, si v. J. BERCELLI, *Organizzazione e funzione amministrativa nel servizio idrico integrato*, Maggioli Editore, 2001.

²⁶² Con il termine *advocacy* in ambito politico si è solito intendere il supporto attivo e la promozione da parte di individui che mirano ad influenzare le politiche pubbliche e l'allocatione delle risorse all'interno dei sistemi politici, economici e sociali e relative istituzioni. *L'advocacy* può includere numerose attività che una persona o organizzazione può svolgere, incluse campagne a mezzo stampa, comizi pubblici, commissionamento e pubblicazione di ricerche o sondaggi e raccolta di documentazione favorevole. Il lobbying è una forma di *advocacy* in cui si effettua un approccio diretto ai legislatori su una determinata questione e gioca un ruolo importante nella politica moderna. La ricerca sta cominciando ad esplorare il modo in cui i gruppi di *advocacy* utilizzano i social media per facilitare l'impegno civile e l'azione collettiva. Nell'ambito della comunicazione invece per *advocacy* si intende il sostegno da parte di un individuo o di un gruppo di persone a un'idea, un prodotto, un brand o un servizio. Il supporto del pubblico è un elemento imprescindibile per lo sviluppo dell'*advocacy* che si alimenta per effetto delle dinamiche comunicative insite nel passaparola. Colui che si fa promotore e diffonde di sua iniziativa la conoscenza del prodotto viene definito *brand advocate*. In pubblicità possono essere adottate strategie e attività volte a coinvolgere, sensibilizzare e orientare l'opinione pubblica verso un tema al fine di accrescere il consenso sull'argomento.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

servizio nei tempi indicati dal Decreto stesso²⁶³; 2) il compito di predisporre gli schemi tipo e relativi disciplinari sulla base dei quali devono essere definite le convenzioni per la regolazione dei rapporti tra enti di governo d'ambito e gestori del SII; 3) il compito di definire i criteri di reparto della tariffa, nei caso in cui le diverse fasi del ciclo idrico siano gestite da soggetti diversi.

Le funzioni che essa esercita riguardano, quindi, diversi aspetti del servizio idrico integrato: dalla definizione dei costi ammissibili e dei criteri per la determinazione delle tariffe a copertura di questi costi, alle competenze in tema di qualità del servizio, di verifica dei piani d'ambito e di predisposizione delle convenzioni tipo per l'affidamento del servizio. Nel 2015 l'autorità ha descritto il sistema regolatorio italiano come un quadro *"caratterizzato da una eccessiva frammentazione di competenze e funzioni pubbliche e da ulteriori entropie, sia sotto il profilo tecnico sia sotto quello gestionale"*²⁶⁴.

L'AEEGSI assume, quindi, un ruolo centrale nella gestione amministrativa e nella disciplina normativa del settore idrico, indicando, tra l'altro, linee e obiettivi strategici di settore, il cui orizzonte temporale è dato dal cosiddetto *"periodo regolatorio"*, contenuti in un documento programmatico denominato quadro strategico. Tale documento garantisce l'azione regolatoria per un arco temporale determinato: l'ultimo è stato approvato recentemente, il 14 gennaio 2022, e fissa gli obiettivi per il quadriennio 2022-2025.

La scelta in favore di un'autorità indipendente particolarmente attrezzata sul piano tecnico compiuta dal legislatore italiano appare preziosa e necessaria per consentire l'introduzione di incentivi adeguati a una gestione più efficiente del servizio nonché meno onerosa per la finanza pubblica e più rispondente ai bisogni dei cittadini.

4. La nuova Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente: l'attuale quadro di regolazione

L'Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico in seguito all'articolo 1 comma 528 della legge 205/2017, è stata rinominata Autorità di regolazione per Energia Reti e Ambiente (ARERA)²⁶⁵.

²⁶³ Cfr. articolo 172, comma 4, decreto legislativo n.152/2006, come sostituito dall'Articolo 7, comma 1, lettera i, n. 133/2014.

²⁶⁴ AEEGSI, deliberazione n. 3/2015/A, 15 gennaio 2015, nel cap. 2 dell'Allegato si descrivono le linee strategiche della regolazione nel settore idrico e i relativi obiettivi strategici, individuando la stabilità e la chiarezza del quadro regolatorio per favorire gli investimenti infrastrutturali; la promozione dell'efficienza gestionale e della sostenibilità dei consumi idrici; la tutela degli utenti e la riduzione della morosità.

²⁶⁵ L'ARERA è un'autorità amministrativa indipendente che opera per garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nei servizi di pubblica utilità e tutelare gli interessi di utenti e consumatori. Funzioni svolte armonizzando gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti i servizi con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

La nuova denominazione evidenzia la funzione di regolazione nei settori dell'energia elettrica, del gas, del sistema idrico e ora anche dei rifiuti. La questione più delicata che tocca la regolazione del settore idrico è il nesso di continuità esistente tra funzioni di organizzazione e di regolazione. La prima, intesa come individuazione degli obiettivi sociali e ambientali del servizio, è un'attività essenzialmente politica; la seconda, intesa come individuazione delle regole che consentono all'operatore di raggiungere gli obiettivi sociali e ambientali del servizio alle condizioni economicamente più convenienti, ha carattere eminentemente tecnico e può²⁶⁶ essere svolta da un soggetto neutrale²⁶⁷.

Dunque, nel settore idrico è necessario distinguere, in ogni decisione, la dimensione regolatoria da quella organizzativa. Solo in questo modo, l'ARERA può essere, anche nel settore idrico, una «*single mission authority*», cioè un'autorità che ha l'unico obiettivo di stabilire le regole che consentono all'operatore di raggiungere gli obiettivi sociali e ambientali del servizio, individuati, invece, dagli Enti di Governo d'Ambito²⁶⁸, alle condizioni economicamente più efficienti. A questo scopo, l'ARERA ha scelto un approccio cauto: innanzitutto, quanto agli atti di organizzazione, ha adottato una politica di *self-restraint*, limitando il più possibile l'esercizio dei propri poteri. Ad esempio, nel caso dei piani d'ambito sono state dettate linee guida non vincolanti e di carattere generale e solo raramente si è fatto ricorso a prescrizioni vincolanti per singoli piani. In secondo luogo, quando gli atti di regolazione potevano avere ricadute sull'organizzazione del servizio, l'ARERA ha preferito la «*menu regulation*» al tradizionale «*command and control*». Un caso è rappresentato dalla determinazione delle tariffe²⁶⁹, in cui l'autorità ha scelto di proporre più

²⁶⁶ In considerazione di quanto descritto nei precedenti paragrafi, per il sottoscritto il termine corretto è «deve» essere svolta da un soggetto neutrale.

²⁶⁷ «Nel settore idrico, però, molti atti di organizzazione hanno un forte precipitato regolatorio (ad esempio, il piano d'ambito) e molti atti di regolazione hanno ricadute organizzative (come la determinazione delle tariffe e l'individuazione dei contenuti delle convenzioni e delle carte del servizio). Perciò, tanto gli atti di organizzazione quanto quelli di regolazione implicano un bilanciamento di valori (basti pensare alla determinazione della tariffa, in cui si combinano compiti ecologico-deputativi, valutazioni sociali e programmazione economico-gestionale)».

²⁶⁸ Gli Enti di governo dell'ambito (EGA) sono gli organismi individuati dalle Regioni per ciascun Ambito Territoriale Ottimale ai quali partecipano obbligatoriamente tutti i Comuni ricadenti nell'ATO ed ai quali è trasferito l'esercizio delle competenze dei Comuni stessi in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche.

Agli Enti di governo dell'ambito sono attribuiti, in particolare, i compiti di seguito richiamati: a) predisposizione e aggiornamento del Piano d'Ambito (costituito dall'insieme dei seguenti atti: ricognizione delle infrastrutture, programma degli interventi, modello gestionale e organizzativo, piano economico-finanziario); b) affidamento del servizio idrico integrato; c) predisposizione della convenzione di gestione per la regolazione dei rapporti tra Ente di governo dell'ambito e soggetto gestore, sulla base della convenzione tipo adottata dall'Autorità per l'energia elettrica il gas e il sistema idrico; d) al fine dell'aggiornamento del piano economico-finanziario, predisposizione della tariffa nell'osservanza del metodo tariffario adottato dall'Autorità e relativa trasmissione a quest'ultima per l'approvazione.

²⁶⁹ C. COSENTINO, A. DI PIETRO, *Le prospettive del sistema di water pricing italiano*, Economia & management: la rivista della Scuola di Direzione Aziendale dell'Università L. Bocconi, 2021.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

schemi regolatori con diversi incrementi delle varie componenti e, quindi, differenti tariffe finali, tra cui gli enti locali possono scegliere liberamente.

In sintesi, per raggiungere un equilibrio accettabile tra regolazione tecnica e decisioni politiche, l'ARERA ha adottato un sistema di regolazione ibrido e asimmetrico: ibrido, perché l'autorità dialoga e coinvolge diversi livelli di governo; asimmetrico, perché gli enti locali sono liberi di modulare alcuni strumenti di regolazione, per ritagliarli sulle loro esigenze locali. In questo modo, la regolazione tecnica non depoliticizza completamente i servizi idrici, ma si limita a condizionare il metodo e gli effetti regolatori delle scelte degli enti locali. Il contenuto delle scelte, invece, rimane nelle mani delle amministrazioni locali²⁷⁰.

A partire dal 2018, l'ARERA ha inoltre introdotto un sistema incentivante noto come "*regolazione della qualità tecnica*"²⁷¹, nel quale ha indicato degli obiettivi di miglioramento delle performances su alcuni parametri, quali ad esempio il livello delle perdite e la qualità delle acque, in base ai quali gli operatori sono stati allocati in classi di merito e demerito. Il sistema prevede la verifica con cadenza biennale delle prestazioni di ciascun gestore per accertare l'efficacia degli investimenti effettuati, ovvero l'avvenuto miglioramento delle prestazioni tecniche ed un eventuale avanzamento tra le classi.

L'impatto della regolazione sulla qualità ha fatto registrare un incremento della programmazione degli investimenti del 24% per il biennio 2018-2019 e del 25,3% per il biennio 2020-2021.

La regolazione della qualità tecnica ha esercitato un forte impulso alla programmazione agendo su importanti fattori strategici: 1) introduzione di un sistema incentivante incardinato su premi e penalità, finanziato attraverso la componente tariffaria; 2) trasparenza del settore nei confronti dei *stakeholders*; 3) competizione tra gli operatori, i

²⁷⁰ L'erogazione dei servizi idrici è un settore caratterizzato da un forte malcontento dell'opinione pubblica rispetto alle scelte di gestione, organizzazione e regolazione. Dal 1994 a oggi il servizio idrico ha vissuto questo scollamento in maniera particolarmente accentuata. A produrlo non è stato l'accentramento delle funzioni di regolazione e la loro attribuzione a un'amministrazione indipendente, ma il trasferimento dei poteri di organizzazione dai comuni agli enti di governo d'ambito, che ha determinato la rottura del nesso politico/elettorale di legittimazione delle decisioni. Se prima, da un lato, l'elettore poteva avere l'illusione di incidere sulle politiche del servizio con il proprio voto e, dall'altro lato, poteva tenere sotto controllo il sindaco nelle decisioni sul servizio idrico, ora queste decisioni vengono prese da enti di secondo livello, di cui i cittadini a stento conoscono l'esistenza e il cui grado di rappresentatività è scarso.

²⁷¹ Con la delibera 917/2017/R/IDR l'ARERA ha emanato la Regolazione della Qualità Tecnica del servizio idrico integrato ovvero ciascuno dei singoli servizi che lo compongono (RQTI). È un provvedimento di grande rilevanza, perché stabilisce quali sono gli standard di natura tecnica che devono essere rispettati dalle società che erogano il servizio idrico o parti di esso.

La sua adozione risponde all'obiettivo di ARERA di definire, coerentemente con la strategia seguita in ambito tariffario, la disciplina della qualità tecnica adottando un approccio asimmetrico e innovativo che, a partire dalle condizioni rilevate nei diversi contesti, garantisce l'identificazione di stimoli corretti ed efficaci per promuovere comunque benefici a favore della platea degli utilizzatori dei servizi, in un quadro di parità di trattamento degli operatori, monitoraggio continuo e gradualità nell'implementazione.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

quali tendono a raggiungere livelli prestazionali più elevati.

I risultati diffusi da ARERA relativi alla raccolta dati sulla qualità tecnica regolata dal 917/2017/R/IDR, costituiscono ad oggi uno dei fondamentali punti di riferimento nella valutazione dello stato delle infrastrutture e del servizio idrico.

5. La soppressione delle Autorità d'Ambito: cenni

L'ARERA, per assicurare un'efficace regolazione, necessita del confronto con le istituzioni locali, in considerazione del fatto che la specificità territoriale delle caratteristiche ambientali, tecniche ed economiche del servizio idrico impone un decentramento del sistema regolatorio²⁷².

Fino all'attribuzione delle funzioni all'A.E.E.G., il ruolo principale era affidato alle autorità d'ambito territoriale ottimale²⁷³, le quali avevano determinato livelli di prestazioni molto disomogenei nel costo del servizio, nelle strutture organizzative, nel servizio e nei Piani d'Ambito. L'attribuzione delle funzioni di regolazione a un'unica autorità a livello nazionale ha portato chiarezza, stabilità e uniformità al settore idrico, consentendo di ridurre, nel medio periodo, le differenze tra le varie gestioni e disuguaglianze territoriali.

La debolezza dei regolatori locali è stata accentuata dal "conflitto di interesse" delle Autorità d'Ambito, i cui componenti erano frequentemente, anche, rappresentanti degli azionisti del gestore vigilato. Poiché, inoltre, ogni Autorità d'Ambito aveva competenza su un unico gestore, era elevato il rischio della *regulatory capture*²⁷⁴, ossia dell'asservimento del regolatore locale agli interessi del regolato.²⁷⁵

Per porre rimedio alle inefficienze del sistema, la legge n. 42/2010²⁷⁶ e

²⁷² In generale, le AAI si confrontano con gli enti locali nel rispetto del principio di sussidiarietà dell'azione della Pubblica amministrazione.

²⁷³ L'Autorità d'ambito era una struttura dotata di personalità giuridica costituita in ciascun ambito territoriale ottimale delimitato dalla competente regione, alla quale gli enti locali partecipano obbligatoriamente ed alla quale è trasferito l'esercizio delle competenze ad essi spettanti in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche.

²⁷⁴ L'espressione inglese *regulatory capture* (traducibile in italiano come cattura del regolatore, o cattura della regolamentazione) è utilizzata con riferimento a situazioni in cui un'agenzia di regolamentazione statale (come authority, organismi di controllo, organi di sorveglianza), creata per agire nell'interesse pubblico, agisce invece in favore degli interessi commerciali o speciali dominanti nell'industria o nel settore oggetto della regolamentazione.

²⁷⁵ Tale rischio è aggravato nei casi in cui il gestore sia espressione di "multinazionali" e quando l'Ente di Governo dell'Ambito non disponga né delle competenze né del personale occorrente per interagire in condizioni di parità con la controparte privata.

²⁷⁶ Art. 186-bis, d.lgs. 152/2006: "Decorso un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono soppresse le Autorità d'ambito territoriale di cui agli articoli 148 e 201 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, e successive modificazioni. Decorso lo stesso termine, ogni atto compiuto dalle Autorità d'ambito territoriale è da considerarsi nullo. Entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, le regioni attribuiscono con legge le funzioni già esercitate dalle Autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. Le disposizioni di cui agli articoli 148 e



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

successivamente il decreto-legge n. 133/2014, convertito in legge n. 164/2014, ha previsto la soppressione delle Autorità d'Ambito, attribuendo alle Regioni il compito di riassegnare le funzioni già esercitate dalle stesse agli enti di governo dell'Ambito, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza²⁷⁷.

Ad oggi, quindi, gli Enti Locali sono titolari delle funzioni ma devono esercitarle attraverso tale soggetto giuridico, autonomo e terzo rispetto agli Enti Locali, costituito in una delle forme di cooperazione (es. Consorzio) individuate con disposizione regionale e che non solo ha il compito di organizzare, affidare e controllare la gestione del servizio, ma anche di svolgere talune funzioni ad esso delegate²⁷⁸.

6. L'importanza del modello di regolazione indipendente

L'attribuzione all'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas delle funzioni di regolazione dei servizi idrici ha avuto un impatto rivoluzionario sul sistema idrico stesso. Tale scelta del legislatore ha determinato, infatti, il superamento del *deficit* regolatorio che caratterizzava il settore idrico, rimasto per molto tempo privo di un efficace sistema di regolazione e di un'autorità nazionale di regolazione indipendente operante in una logica di cooperazione tra i vari livelli istituzionali di governo, idonea ad affiancare il processo di riorganizzazione avviato con la Legge Galli, creando i giusti incentivi all'efficienza delle gestioni e al raggiungimento di adeguati standard qualitativi per gli utenti.

La necessità di un adeguato sistema di regolazione, infatti, è nata proprio dalla presa d'atto di un servizio idrico tutt'altro che efficiente e da un assetto regolatorio frammentario e assolutamente inadeguato ai propri scopi.

I numerosi interventi legislativi che si sono susseguiti nel tempo e l'evidente carenza di organicità nella redazione complessiva delle riforme hanno determinato una forte sfiducia degli investitori privati nei confronti del settore, in ragione dell'impossibilità di assicurare al mercato un'adeguata remunerazione all'imprenditorialità privata.

Tale situazione è stata ulteriormente aggravata dalla crisi della finanza pubblica che ha investito il nostro Paese, e l'Europa, negli ultimi 15 anni. Il settore idrico, infatti, anche a

201 del citato decreto legislativo n. 152 del 2006 sono efficaci in ciascuna regione fino alla data di entrata in vigore della legge regionale di cui al periodo precedente. I medesimi articoli sono comunque abrogati decorso un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge".

²⁷⁷ Per F. CAPORALE, *Tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni nel governo e nella gestione dei servizi idrici*, cit., la soppressione delle Autorità d'Ambito ha sconvolto "l'instabile equilibrio istituzionale sino ad allora esistente".

²⁷⁸ Cfr. M. ROSSI, *Soppressione delle Autorità d'Ambito territoriale ex Legge n. 42/2010 Variazioni, rischi e problematiche della nuova disciplina*, in *Dirittoambiente.it*, 2010: "Cosa accade se le Regioni rimangono inerti e non provvedono entro tale limite? Ciò di cui possiamo essere sicuri è che in caso di inerzia delle Regioni entro il termine fissato dalla legge, si determinerà un'incapace nelle attività fino allora svolte dall'Autorità, (fra cui la gestione delle gare), nonché un grave vuoto normativo con imprevedibili conseguenze, soprattutto nei casi di contratti di servizio già stipulati dagli ATO".



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

causa dell'assenza di regole certe, è stato uno dei più colpiti dalla diminuzione degli investimenti.

Inoltre, le continue modifiche legislative susseguitesesi negli ultimi anni hanno delineato una regolamentazione frammentata contrassegnata da molteplici incertezze, che ha creato rilevanti problemi interpretativi e applicativi per gli operatori del settore e disincentivato gli investimenti.

In tale contesto di incertezza normativa, regolatoria e di inefficienza gestionale, gli organi preposti alla regolazione del settore si sono rivelati incapaci di gestire e risolvere le numerose problematiche connesse alla regolazione del servizio idrico. L'incapacità nasceva dalla debolezza dei soggetti regolatori, la quale, a propria volta, derivava da un duplice ordine di ragioni. In primo luogo, si rileva che il Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche era di fatto un ufficio ministeriale, privo di adeguati strumenti, risorse e di qualsiasi autonomia e, soprattutto, di adeguate competenze tecniche²⁷⁹ e scontava l'assenza di una chiara definizione a livello legislativo dei propri concreti poteri di intervento, posto che il legislatore si è limitato a elencare le sue funzioni generali.

La Commissione Nazionale per la Vigilanza sulle Risorse Idriche, come chiarito in precedenza, era un organo privo anch'esso di adeguate garanzie di indipendenza, al quale successivamente, sono state affidate funzioni più ampie; tale ampliamento delle competenze, tuttavia, non è stato accompagnato da alcun incremento del personale dell'organo né dal miglioramento delle relative competenze tecniche.

L'Agenzia per la Regolazione e la Vigilanza in materia di acque, infine, cui il legislatore ha attribuito un ampio ventaglio di competenze, per molti aspetti analoghe a quelle tipiche delle autorità di regolazione indipendenti²⁸⁰, non è riuscita, a causa della propria natura "ibrida"²⁸¹ a metà tra un'agenzia governativa e un'autorità amministrativa indipendente, a trovare il proprio spazio nel panorama dei regolatori ed è rimasta di fatto lettera morta.

Per molti anni, dunque, i poteri regolatori attribuiti dalla legge ad appositi organi statali si sono rivelati del tutto insufficienti ai propri fini e, in ogni caso, sono stati esercitati in modo solo sporadico e parziale.

In tale contesto, è chiaro come l'affidamento delle funzioni di regolazione dei servizi idrici a un regolatore forte come l'ARERA, dotato di una struttura e di un insieme di poteri adeguati – dalla definizione dei costi ammissibili e dei criteri per la determinazione delle

²⁷⁹ A tal proposito si rileva che l'Osservatorio dei servizi idrici e la Segreteria Tecnica che, secondo la Legge Galli, avrebbero dovuto affiancarlo non hanno mai concretamente operato.

²⁸⁰ Con «autorità amministrative indipendenti» ci si riferisce nell'ordinamento italiano a quei soggetti pubblici, istituiti con legge, che esercitano in prevalenza funzioni amministrative in ambiti considerati sensibili o di alto contenuto tecnico (concorrenza, privacy, comunicazioni ecc.), tali da esigere una peculiare posizione di autonomia e di indipendenza nei confronti del Governo, allo scopo di garantire una maggiore imparzialità (cd. neutralità) rispetto agli interessi coinvolti, Cfr. G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Giappichelli Editore, 2020.

²⁸¹ Cfr. A. TRAVI, *La disciplina tariffaria nel servizio idrico integrato*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2014.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

tariffe a copertura di questi costi, alle competenze in tema di qualità del servizio e di predisposizione delle convenzioni tipo – abbia costituito il primo vero passo verso un assetto regolatorio efficiente e non più deficitario²⁸².

A livello organizzativo, un cambiamento fondamentale rispetto al passato è, innanzitutto, la definizione di un'appropriata procedura di nomina, in grado di assicurare l'indipendenza dell'istituzione, che segue il modello di cui alla legge n. 481/1995. L'indipendenza dev'essere assicurata sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo. Le novità, attinenti agli aspetti organizzativi e strutturali, si inseriscono in un quadro di competenze molto ampio. L'Autorità, forte delle conoscenze e dell'esperienza consolidate negli anni con riferimento ai settori dell'energia elettrica e il gas, svolge numerose funzioni di regolazione, vigilanza e controllo, che esercita con autonomia di giudizio e di valutazione²⁸³.

La funzione di definizione dei livelli minimi di qualità del servizio, unitamente ad adeguati poteri di controllo e di sanzione, è in grado di incentivare gli operatori del settore a operare conformemente ai propri provvedimenti²⁸⁴.

I vantaggi connessi alla c.d. regolazione “*indipendente*” sono diversi: in *primis*, un fondamentale vantaggio attiene alla garanzia che l'indipendenza offre rispetto alla remunerazione degli investimenti e allo sviluppo della concorrenza che richiedono un quadro regolatorio certo. In secondo luogo, la regolazione indipendente – e, in particolare, le funzioni di vigilanza e controllo nonché i poteri sanzionatori di un'autorità indipendente – consente di garantire agli utenti e ai consumatori più elevati livelli di tutela, assicurando che le maggiori efficienze gestionali dei servizi idrici, in termini economici, non siano pagate dagli utenti mediante indiscriminati e considerevoli aumenti tariffari ovvero tramite l'abbassamento degli standard qualitativi dei servizi. La preventiva definizione di standard minimi a livello centrale presenta il vantaggio di rafforzare il potere contrattuale delle amministrazioni nei confronti dei gestori. Un terzo rilevante beneficio connesso alla regolazione indipendente attiene al maggiore livello di consapevolezza delle scelte politiche d'indirizzo, a livello centrale e locale. Un ulteriore importante vantaggio riguarda la cultura della regolazione indipendente. Le autorità amministrative indipendenti presentano caratteri propri riconducibili a una serie di parametri comuni, in termini di autonomia di giudizio, neutralità rispetto agli interessi da tutelare, regole procedurali, principi di trasparenza, che si sviluppano e si consolidano nel tempo.

In conclusione, si deve ritenere che la regolazione “*indipendente*” ha rappresentato

²⁸² L. NIVARRA, *Il servizio idrico integrato: evoluzione e prospettive*, Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente, 2015.

²⁸³ L. PITZURRA, *Nuovi strumenti di tutela dell'utente del servizio idrico integrato*, Analisi Giuridica dell'Economia, 2010.

²⁸⁴ Tra gli altri si veda N. GIANNELLI, *La riforma dei servizi idrici: uno sguardo alla normativa nazionale e regionale*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, vol. 2, 2006 e F. SCALIA, *Le modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato: l'evoluzione normativa e le novità delle recenti riforme*, in *Federalismi.it*, vol. 8, 20 aprile 2016.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

un'efficace soluzione per i problemi di inefficienza che per anni hanno afflitto il settore idrico. Un primo importante passo nella giusta direzione dello sviluppo del settore è stato compiuto. Sebbene molti procedimenti finalizzati all'adozione di misure regolatorie siano ancora in corso di svolgimento, i benefici derivanti dall'attribuzione all'ARERA sono già visibili in termini di maggiore efficienza dell'operato delle Amministrazioni coinvolte e dei gestori nonché di tutela degli utenti dei servizi idrici.

7. Il Piano Nazionale Ripresa e Resilienza

Il delicato ruolo che il settore del servizio idrico svolge nel nostro ordinamento è evidenziato anche dal Piano Nazionale Ripresa e Resilienza di recente approvazione²⁸⁵.

Infatti, all'interno della Missione 2, Componente 4, il Governo italiano ha inserito l'obiettivo: Tutela del Territorio e della Risorsa Idrica²⁸⁶.

Per parte della dottrina maggioritaria²⁸⁷, tale scelta appare corretta e soprattutto fondamentale per la regolazione del servizio idrico in Italia. In particolare, l'investimento 4 mira a garantire la gestione sostenibile delle risorse idriche lungo l'intero ciclo nonché il miglioramento della qualità ambientale delle acque interne e marittime. Infatti, le sempre più frequenti crisi idriche, dovute ai cambiamenti climatici in atto, comportano la necessità di rendere più efficienti e resilienti le infrastrutture idriche primarie per usi civili, agricoli, industriali e ambientali, in modo da garantire la sicurezza dell'approvvigionamento idrico in tutti i settori e superare la cosiddetta *politica di emergenza*.

Nel dettaglio, l'investimento mira a garantire:

- i) la sicurezza dell'approvvigionamento idrico di importanti aree urbane e delle grandi aree irrigue;

²⁸⁵ Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR; in inglese *Recovery and Resilience Plan*, abbreviato in *Recovery Plan* o RRP) è il piano preparato dall'Italia per rilanciarne l'economia dopo la pandemia di COVID-19, al fine di permettere lo sviluppo verde e digitale del Paese.

Il PNRR fa parte del programma dell'Unione europea noto come Next Generation EU, un fondo da 750 miliardi di euro per la ripresa europea (per questo noto in inglese come Recovery Fund, cioè Fondo per la *ripresa*). All'Italia sono stati assegnati 191,5 miliardi (70 in sovvenzioni a fondo perduto e 121 in prestiti).

²⁸⁶ Il Piano, nella sua interezza, si articola in sei missioni:

- 1) «Digitalizzazione, innovazione, competitività, cultura», con lo scopo di sostenere lo sviluppo digitale del Paese e l'innovazione del sistema produttivo;
- 2) «Rivoluzione verde e transizione ecologica», al fine di migliorare la sostenibilità del sistema economico;
- 3) «Infrastrutture per una mobilità sostenibile», che sia estesa a più aree possibile del Paese;
- 4) «Istruzione e ricerca», per finanziare il sistema educativo e la ricerca;
- 5) «Inclusione e coesione», con l'obiettivo di facilitare l'inclusione sociale tramite il rafforzamento delle politiche del lavoro;
- 6) «Salute», per riammodernare e rafforzare i servizi sanitari del Paese e rendere il sistema sanitario più equo tramite il libero accesso alle cure.

²⁸⁷ Tra tutti è necessario citare E. CARDI, *op.cit.*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

- ii) l'adeguamento e mantenimento della sicurezza delle opere strutturali; e
- iii) una maggiore resilienza delle infrastrutture, anche in un'ottica di adattamento ai cambiamenti climatici in atto.

Per il raggiungimento degli obiettivi suindicati sono finanziati investimenti in 75 progetti di manutenzione straordinaria e nel potenziamento e completamento delle infrastrutture di derivazione, stoccaggio e fornitura primaria. Gli interventi copriranno l'intero territorio nazionale, con finalità differenti a seconda dell'area geografica, ed in particolare con il completamento di grandi impianti incompiuti principalmente nel mezzogiorno²⁸⁸.

A conferma di quanto il servizio idrico italiano abbia bisogno di investimenti mirati, l'investimento 4.2 si pone l'obiettivo di ridurre le perdite nelle reti di distribuzione dell'acqua, compresa la digitalizzazione e il monitoraggio delle reti stesse. Infatti, La situazione italiana è caratterizzata da una gestione frammentata e inefficiente delle risorse idriche, e da scarsa efficacia e capacità industriale dei soggetti attuatori nel settore idrico soprattutto nel Mezzogiorno²⁸⁹. Questo quadro determina un elevato livello di dispersione delle risorse idriche: nella distribuzione per usi civili, la dispersione media è del 41 per cento (51 per cento al Sud).

Proprio per quanto su detto, la ripresa degli investimenti nel settore idrico appare ancora insufficiente rispetto alle attuali esigenze di ammodernamento e sviluppo delle infrastrutture idriche italiane considerato che il 35 per cento delle condutture ha un'età compresa tra 31 e 50 anni. Il progetto è rivolto prioritariamente a una riduzione delle perdite nelle reti per l'acqua potabile²⁹⁰, anche attraverso la digitalizzazione delle reti, da trasformare in una "rete intelligente", per favorire una gestione ottimale delle risorse idriche, ridurre gli sprechi e limitare le inefficienze. Per raggiungere questi obiettivi, è fondamentale poter disporre di sistemi di controllo avanzati che consentano il monitoraggio non solo dei nodi principali, ma anche dei punti sensibili della rete, attraverso la misura e l'acquisizione di portate, pressioni di esercizio e parametri di qualità dell'acqua.

L'autorità competente per il monitoraggio è il Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali (Mipaaf) che effettuerà la ricognizione degli interventi finanziabili nell'ambito del PNRR utilizzando la Banca Dati Nazionale degli investimenti per l'Irrigazione e l'Ambiente (DANIA)²⁹¹, che consentirà di selezionare i vari interventi in base

²⁸⁸ Si fa presente che la Commissione europea ha confermato di avere ricevuto in data 30 dicembre 2021 la richiesta dell'Italia relativa al pagamento della prima rata dei fondi del Piano nazionale di ripresa e resilienza. La prima rata, che segue l'erogazione nel mese di agosto di 24,9 miliardi a titolo di prefinanziamento, vale 24,1 miliardi di euro, di cui: una parte di contributi a fondo perduto pari a 11,5 miliardi e una di prestiti pari a 12,6 miliardi.

²⁸⁹ Più nel dettaglio, in Sicilia viene disperso il 50,5% di acqua dalle reti idriche; in Sardegna la dispersione raggiunge il 51,2%; invece sull'Appennino Centrale italiano la media dell'acqua dispersa nelle reti raggiunge il 48,4% e il 48% nell'Appennino Meridionale.

²⁹⁰ Il PNRR punta a -15 per cento target su 15k di reti idriche.

²⁹¹ La banca dati DANIA è stata sviluppata nell'ambito dell'Accordo di cooperazione tra MiPAAF e CREA per l'attuazione del Piano operativo agricoltura (ACOPOA) per il Sottopiano 2 - Interventi nel campo delle infrastrutture irrigue, bonifica idraulica, difesa dalle esondazioni, bacini di accumulo e



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

a criteri oggettivi, quali l'entità del risparmio idrico assicurato, l'impegno all'installazione dei contatori per la misurazione dei volumi utilizzati, la rilevanza strategica di ciascun investimento rispetto alle indicazioni programmatiche delle Autorità locali, il livello di esecutività di ciascun intervento. In tale contesto, presupposto per il finanziamento sarà il rispetto da parte dei soggetti beneficiari degli impegni previsti dalle Linee guida nazionali sulla quantificazione dei volumi irrigui da parte delle Regioni, relative alle modalità di quantificazione e misura dei volumi irrigui, nonché l'utilizzo del Webgis SIGRIAN²⁹², che rappresenta la banca dati nazionale di riferimento per il monitoraggio dei volumi irrigui, a cui accedono tutte le Amministrazioni che hanno competenza nella programmazione e gestione dell'acqua per l'agricoltura. Il rispetto di tali obblighi, che rappresentano un prerequisito per l'accesso ai finanziamenti pubblici nel settore delle infrastrutture irrigue, è verificato dalle Regioni e Province autonome proprio tramite il SIGRIAN e quindi registrato in DANIA in un campo dedicato "*Compliance by SIGRIAN*".

Un ulteriore problema che affligge il sistema idrico nazionale è la gestione della rete fognaria, obsoleta e, addirittura, assente nei piccoli comuni. La rete fognaria e di depurazione italiana, infatti, risulta spesso non in linea con le Direttive europee, soprattutto nel Mezzogiorno dove l'UE ha avviato nei confronti dell'Italia 4 procedure di infrazione²⁹³. Per tali motivi, dal 2016 è stato nominato un Commissario Unico²⁹⁴ per accelerare la

programmi collegati di assistenza tecnica e consulenza. DANIA contiene la ricognizione degli interventi attuati dagli Enti irrigui, programmati e finanziati, avente finalità prettamente irrigua (comprendendo anche invasi con funzione multi-obiettivo) oppure a carattere ambientale di difesa del territorio e del potenziale produttivo agricolo da fenomeni di dissesto. La catalogazione riguarda informazioni tecniche di dettaglio, di natura finanziaria e procedurale, nonché relative all'inquadramento territoriale degli interventi e delle loro caratteristiche dimensionali.

²⁹² Il SIGRIAN (Sistema Informativo Nazionale per la Gestione delle Risorse Idriche in Agricoltura) è il database georeferenziato, realizzato e gestito dal CREA-PB, consultabile e aggiornabile on line, finalizzato alla raccolta ed elaborazione delle informazioni relative all'uso irriguo dell'acqua. Costituisce lo strumento unico di riferimento per il settore irriguo a servizio di tutte le Amministrazioni ed Enti competenti come definito dal DM MIPAAF del 31/07/2015. L'accesso è riservato ai soli utenti autorizzati.

²⁹³ In particolare si ricordano le Procedure di infrazione europee nn. 2004/2034, 2009/2034, 2014/2059 e 2017/2181 per la realizzazione e l'adeguamento dei sistemi di collettamento, fognatura e depurazione. Rispetto a queste ultime due procedure, che prevedono 606 interventi in 13 regioni italiane, riguardanti agglomerati con popolazione >2.000 abitanti equivalenti, si è in attesa della conclusione della fase istruttoria e della probabile condanna, e del DPCM di assegnazione delle risorse necessarie per realizzare gli interventi.

²⁹⁴ Per superare le infrazioni comunitarie, il Commissario opera in sinergia con i Ministeri di riferimento, avvalendosi di società "in house" dello Stato e di altre amministrazioni pubbliche: tra queste Invitalia, Sogesid, UTA (Unità tecnica-amministrativa della Presidenza del Consiglio), Studiare Sviluppo, ENEA.

Attraverso queste strutture viene curata tutta la fase procedimentale, che va dalle indagini propedeutiche alla progettazione fino al collaudo dei lavori una volta terminati. Il Commissario assicura inoltre la gestione degli impianti fino alla raggiunta conformità dell'agglomerato in sede europea (6 mesi dalla fine dei lavori), trasferendo infine le opere realizzate all'ente di governo d'ambito o, in mancanza di questo, alle Regioni (per un massimo di 24 mesi in totale).



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

realizzazione dei lavori di ammodernamento.

Gli investimenti previsti mirano a rendere più efficace la depurazione delle acque reflue scaricate nelle acque marine e interne, anche attraverso l'innovazione tecnologica, al fine di azzerare il numero di abitanti (ad oggi più di 3,5 milioni) in zone non conformi. Dove possibile, gli impianti di depurazione saranno trasformati in "fabbriche verdi"²⁹⁵, per consentire il recupero di energia e fanghi, e il riutilizzo delle acque reflue depurate per scopi irrigui e industriali. Per rendere efficace l'implementazione di questi interventi nei tempi previsti, saranno definite tre riforme chiave che li accompagneranno:

- 1) Riforma 4.1: denominata semplificazione normativa e rafforzamento della *governance* per la realizzazione degli investimenti nelle infrastrutture di approvvigionamento idrico. La riforma è rivolta alla semplificazione e più efficace attuazione della normativa relativa al Piano Nazionale per gli interventi nel settore idrico. Inoltre, intende fornire misure di sostegno e di accompagnamento per gli organismi esecutivi che non sono in grado di effettuare investimenti relativi agli appalti primari entro i tempi previsti. In particolare, si intende agire sulla normativa che regola il Piano Nazionale per gli interventi nel settore idrico (Legge 205/2017, articolo 1, comma 516 e seguenti), facendo del Piano Nazionale lo strumento centrale di finanziamento pubblico per gli investimenti nel settore idrico unificando le risorse economiche relative alle infrastrutture di approvvigionamento idrico previste dal Piano e semplificando le procedure, sia per quello che riguarda la formazione e aggiornamento del piano, sia per ciò che concerne la rendicontazione e monitoraggio degli investimenti finanziati.
- 2) Riforma 4.2: denominata misure per garantire la piena capacità gestionale per i servizi idrici integrati. Infatti, si rappresenta che nel Mezzogiorno l'insufficiente presenza di gestori industriali e l'ampia quota di gestione in economia traccia un quadro del comparto idrico molto frammentato e complesso: i gestori sono 1.069, di cui 995 Comuni che gestiscono il servizio in economia (in particolare, 381 in Calabria, 233 in Sicilia, 178 in Campania, 134 in Molise). Passate esperienze dimostrano che nel Sud Italia, l'evoluzione autoctona del sistema non è percorribile senza un intervento centrale finalizzato alla sua risoluzione. Tale riforma è quindi rivolta a rafforzare il processo di industrializzazione del settore (favorendo la costituzione di operatori integrati, pubblici o privati, con l'obiettivo di realizzare economie di scala e garantire una gestione efficiente degli investimenti e delle

²⁹⁵ Per ottenere la massima coesione delle iniziative all'interno del nostro settore condividiamo conoscenze e *best practice*, a livello sia locale che globale, attraverso una numerosa serie di attività e soluzioni di risparmio energetico. I due obiettivi principali di Sandvik Coromant per il 2030 sono quelli di aumentare l'efficienza energetica riutilizzando o riducendo l'energia consumata nelle operazioni industriali (2,5% all'anno) e di incrementare l'uso di energia pulita. La massima circolarità e il dimezzamento del nostro impatto in CO2 sono alcuni dei principali traguardi di *Make the Shift*, il programma attraverso cui tentiamo di raggiungere i nostri target a livello organizzativo, funzionale e di stabilimento.



operazioni) e ridurre il divario esistente (*water service divide*²⁹⁶) tra il Centro-Nord e il Mezzogiorno.

8. Il nuovo Quadro Strategico 2022-2025 dell'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente: gli obiettivi strategici del settore idrico in ottica di sostenibilità

Per dare attuazione al Piano Nazionale Ripresa e Resilienza e fissare i risultati da perseguire nel prossimo quadriennio, in data 14 gennaio 2022, come precedentemente accennato, è stato approvato il nuovo Quadro Strategico per il 2022-2025²⁹⁷ che stabilisce gli obiettivi che faranno da guida per lo sviluppo della regolazione dell'Autorità (ARERA) dei prossimi anni nei settori dell'energia elettrica, del gas, dell'acqua, dei rifiuti e del telecalore.

Al centro del Quadro Strategico vi è la tutela e la consapevolezza del consumatore, la digitalizzazione e la transizione energetica 'giusta' e sostenibile a livello trasversale nei settori energetici e ambientali, il miglioramento delle infrastrutture, dei servizi e della concorrenza. Inoltre, particolare attenzione è data anche ai nuovi temi delle Comunità energetiche, la mobilità elettrica, la decarbonizzazione con rinnovabili e idrogeno pulito.

Al fine di orientare la propria regolazione strategica verso obiettivi di sostenibilità²⁹⁸ sociale, economica e ambientale e accrescere in tale ottica la propria *accountability* verso gli stakeholder, l'Autorità ha poi stabilito di associare gli obiettivi del Quadro Strategico ad uno o più obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile dell'Agenda 2030²⁹⁹.

La struttura e i contenuti del Quadro Strategico, suddivisi in temi trasversali a tutti i comparti e approfondimenti su singoli settori, sono articolati su due livelli: 1) gli obiettivi

²⁹⁶ Il *water divide* è l'indicatore per conoscere le differenze tra territori nella gestione delle risorse idriche. E' un indicatore fondamentale per comprendere la situazione presente tra le varie zone d'Italia per ciò che riguarda il servizio idrico.

²⁹⁷ Nella redazione del Quadro, l'ARERA ha affermato che: "La visione strategica dell'attuale Consiliatura è ispirata dall'esigenza di garantire a tutti i cittadini, servizi energetici e ambientali accessibili, anche in termini economici, efficienti, ed erogati con livelli di qualità crescente e convergente, nelle diverse aree del Paese. Al contempo, gli stessi dovranno essere sostenibili sotto il profilo ambientale, integrati a livello europeo, allineati ai principi dell'economia circolare e contribuire alla competitività del sistema nazionale".

²⁹⁸ La definizione aggiornata di sostenibilità è presente nell'art. 3 *quater* del Codice dell'ambiente che la indica come l'obbligo per "ogni attività umana giuridicamente rilevante [...] di conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future".

²⁹⁹ L'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile è un programma d'azione per le persone, il pianeta e la prosperità sottoscritto nel settembre 2015 dai Governi dei 193 Paesi membri dell'ONU. Essa ingloba 17 Obiettivi per lo sviluppo sostenibile - Sustainable Development Goals, SDGs - in un grande programma d'azione per un totale di 169 «target» o traguardi. L'avvio ufficiale degli Obiettivi per lo sviluppo sostenibile ha coinciso con l'inizio del 2016, guidando il mondo sulla strada da percorrere nell'arco dei prossimi quindici anni: i Paesi, infatti, si sono impegnati a raggiungerli entro il 2030.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

strategici, 2) le linee di intervento.

Gli obiettivi inquadrano la strategia complessiva basata sullo scenario attuale e di medio termine, con riferimento sia agli ambiti trasversali a tutti i settori (centralità del consumatore, innovazione di sistema, semplificazione, trasparenza ed enforcement del quadro regolatorio), sia agli ambiti specifici dell'area Ambiente ed Energia e conformi alla normativa nazionale e internazionale.

Le linee di intervento descrivono sinteticamente le principali misure e azioni che l'Autorità intende condurre per la realizzazione di ciascun obiettivo strategico.

In particolare, con riguardo al settore idrico, con l'Obiettivo Strategico OS 13 l'Autorità mira al raggiungimento della garanzia della disponibilità e della gestione sostenibile dell'acqua e intende rafforzare ulteriormente le misure, per orientare le scelte di investimento dei soggetti competenti, verso soluzioni innovative e a minor impatto ambientale, nonché di maggiore resilienza agli eventi estremi, connessi al cambiamento climatico in atto.

L'efficienza nell'utilizzo dell'acqua, la garanzia degli approvvigionamenti, la riduzione dell'inquinamento e del rilascio di sostanze pericolose, la riduzione di acque reflue non trattate e l'aumento del reimpiego sicuro delle acque, avranno l'onere di fornire l'impostazione di un rinnovato quadro regolatorio, in continuità con le traiettorie di sviluppo già tracciate dall'Autorità e, in coerenza con i traguardi fissati dall'Agenda 2030, per lo sviluppo sostenibile.

L'azione dell'Autorità sarà, altresì, tesa ad assicurare un efficace utilizzo delle risorse pubbliche disponibili e a promuovere l'individuazione di opere di rilevanza strategica sul territorio nazionale, in un quadro di coerenza con le pianificazioni esistenti.

In particolare, verranno potenziati gli standard specifici vigenti (a garanzia della continuità del servizio di acquedotto) e introdotti indicatori tesi alla mitigazione del rischio e al contenimento dell'impatto ambientale (con connessi meccanismi incentivanti, anche nell'ottica di promuovere l'adozione di soluzioni innovative). Verranno, anche definite modalità tese a valorizzare le *best practice* in tema di riuso delle acque sulla base di indicatori che tengano conto, a titolo esemplificativo, del confronto tra le acque destinate al riutilizzo rispetto a quelle nel complesso destinabili a tale finalità.

Inoltre, il piano strategico si pone l'obiettivo di migliorare la collaborazione con le Amministrazioni coinvolte nella definizione del "Piano nazionale di interventi infrastrutturali e per la sicurezza nel settore idrico" e nell'efficace implementazione degli strumenti del *Next Generation EU*³⁰⁰, contribuendo alla valutazione e alla selezione dei progetti tesi alla sicurezza delle infrastrutture di approvvigionamento, alla riduzione delle perdite idriche e al potenziamento dell'efficacia, nella depurazione delle acque reflue. È fondamentale dunque puntare e ottenere il rafforzamento delle misure volte a promuovere l'effettiva realizzazione

³⁰⁰ NextGenerationEU è uno strumento temporaneo per la ripresa da oltre 800 miliardi di euro, che contribuirà a riparare i danni economici e sociali immediati causati dalla pandemia di coronavirus per creare un'Europa post COVID-19 più verde, digitale, resiliente e adeguata alle sfide presenti e future.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

degli investimenti programmati, con una rinnovata attenzione allo stato di avanzamento delle opere, per le quali sia previsto un finanziamento/cofinanziamento attraverso risorse pubbliche. In particolare, i sistemi di verifica in ordine all'efficacia nella realizzazione della spesa per investimenti verranno estesi anche agli investimenti coperti, in tutto o in parte, da fondi pubblici, prevedendo specifiche penalità in caso di mancata realizzazione degli interventi inizialmente programmati, tenuto conto del conseguimento dei target ai medesimi riconducibili.

Altrettanto importante per il settore idrico è l'Obiettivo Strategico OS 16, attraverso cui l'Autorità punta a riconoscere i costi efficienti per la sostenibilità della gestione del servizio idrico e delle tariffe all'utenza. Nel dettaglio, l'Autorità, in un quadro generale di regole stabile, certo, e ritenuto efficace e credibile dai vari attori presenti nel comparto idrico, si propone, di declinare le modalità di valorizzazione delle risorse destinate al raggiungimento di ogni standard di qualità associato alle prestazioni erogate, sulla base di dati ex-post. Tra l'altro, in sede di definizione del metodo tariffario per il quarto periodo regolatorio, l'Autorità intende individuare le più efficaci modalità per sostenere l'adeguamento alle novità normative intervenute sul settore idrico: si fa riferimento, a titolo esemplificativo, alle disposizioni recate dalla direttiva (UE) 2020/2184³⁰¹ concernente la qualità delle acque destinate al consumo umano, da recepire nel diritto interno entro il gennaio 2023.

Allo stesso modo in linea con l'obiettivo dell'Agenda 2030, per una "industrializzazione equa, responsabile e sostenibile", si intende, da un lato, promuovere ulteriormente l'adozione di tecnologie e processi industriali più sostenibili per l'ambiente, dall'altro, rafforzare il sostegno alle gestioni per l'"accesso (...) ai servizi finanziari, compresi i prestiti".

La continua attenzione alla garanzia dell'accesso universale all'acqua, a condizioni sostenibili, orienterà l'azione dell'Autorità anche nel prossimo futuro, ricalibrando le regole in ordine ai limiti annuali per il contenimento della crescita tariffaria e all'articolazione dei corrispettivi ai consumatori finali.

Le principali linee di investimento riguarderanno:

- 1) l'aggiornamento delle regole per il riconoscimento dei costi efficienti di esercizio e di investimento, nell'ambito del quale ampliare l'impiego di modelli statistici e, sulla base di nuove evidenze, declinare ulteriori meccanismi per promuovere l'efficienza gestionale (anche in termini di consumo energetico), nonché estendere le misure incentivanti tese a favorire interventi di efficienza energetica, la riduzione dell'utilizzo della plastica, il recupero di materie prime, il riuso dell'acqua, in particolare promuovendo ulteriormente - in coerenza con la gerarchia per la gestione

³⁰¹ Gli obiettivi della presente direttiva sono la protezione della salute umana dagli effetti negativi derivanti dalla contaminazione delle acque destinate al consumo umano, garantendone la salubrità e la pulizia, nonché il miglioramento dell'accesso alle acque destinate al consumo umano. Per maggiori dettagli <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020L2184&from=IT>.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

dei rifiuti - la riduzione della quantità di fanghi da depurazione complessivamente smaltiti in discarica.

- 2) l'individuazione di ulteriori strumenti volti ad assicurare la sostenibilità finanziaria efficiente delle gestioni e presidio dell'attivazione del "Fondo opere idriche", procedendo - in un'ottica di sinergia e complementarità con gli strumenti del PNRR - alla valutazione delle richieste per il rilascio di garanzie aventi ad oggetto il rimborso del credito vantato dai soggetti finanziatori o investitori, ovvero il valore di subentro dovuto al gestore uscente.
- 3) l'introduzione di nuove misure per la semplificazione e razionalizzazione delle strutture dei corrispettivi, tenuto conto sia delle modalità di implementazione della tariffa pro capite, sia delle novità regolatorie in materia di rilevazione dei consumi e della ripartizione dei corrispettivi, in particolare, in relazione alle singole unità immobiliari sottese alle utenze condominiali. Dunque, anche in caso di utenze raggruppate (dove generalmente - allo stato attuale - le singole unità abitative non conoscono i propri consumi e l'applicazione dei corrispettivi non riflette l'effettiva ripartizione del consumo tra le diverse unità), l'Autorità introdurrà gradualmente (e secondo gli sviluppi delle attività in tema di misura, di cui al successivo OS 18) criteri di articolazione tariffaria che promuovano l'uso efficiente della risorsa idrica nel rispetto del principio di *Water Conservation*.
- 4) la disciplina delle modalità volte a consentire ai soggetti competenti di adottare misure a beneficio delle comunità interessate dalla vicinanza di specifici impianti (riconducibili a precise tipologie e aventi caratteristiche espressamente individuate), prevedendo interventi compensativi (di cui poi tener conto nell'ambito dei criteri di riconoscimento dei costi efficienti) al fine di favorire il superamento della c.d. "sindrome NIMBY".

Infine, ma non per importanza, con l'obiettivo strategico OS18, l'Autorità intende portare a compimento gli interventi necessari a garantire l'efficace applicazione del principio di *Water Conservation* perfezionando ulteriormente gli *output* dell'attività di misura, quale presupposto imprescindibile per la promozione dell'utilizzo efficiente della risorsa idrica da parte degli utenti, nonché ad assicurare a tutti i consumatori finali l'efficace applicazione delle disposizioni introdotte dalla regolazione, anche concludendo i necessari approfondimenti funzionali alla definizione di un quadro di regole comuni rivolto alle utenze aggregate. Nello specifico, l'Autorità intende promuovere l'adozione di soluzioni strutturali, preventivamente verificate in termini di fattibilità tecnico-economica, idonee a consentire ai titolari di unità abitative di disporre di dati di consumo e di informazioni individuali, nonché tali da rafforzare i rapporti diretti tra i gestori e tutti i fruitori del servizio.

Nel dettaglio, le linee di intervento riguarderanno:

- a) l'adeguamento della disciplina della qualità contrattuale ed espletamento delle valutazioni quantitative previste per l'applicazione del relativo meccanismo incentivante (introdotto a partire dal 2020). Verranno determinati premi e penali di qualità contrattuale, a seguito della ricognizione periodica dei target conseguiti dai



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

- singoli operatori e del confronto di ciascun gestore rispetto alle performance migliori (attraverso l'applicazione della già prevista *multicriteria analysis*).
- b) l'introduzione di misure di accompagnamento alla progressiva digitalizzazione attesa in attuazione degli interventi previsti dal PNRR, volti a trasformare le reti idriche "in una "rete intelligente", per favorire una gestione ottimale delle risorse idriche, ridurre gli sprechi e limitare le inefficienze", anche apportando i necessari aggiornamenti alla regolazione della misura, tenuto conto in particolare degli effetti dell'applicazione delle regole varate a fine 2021 per l'integrazione del TIMSII (di cui alla deliberazione 218/2016/R/IDR).
 - c) l'aggiornamento della regolazione della morosità, con particolare riferimento alla disciplina applicabile alle utenze condominiali, tenuto conto sia degli esiti dell'attività di monitoraggio avviata sui casi in cui la procedura di limitazione ovvero la promozione della disalimentazione selettiva nelle utenze condominiali non risultino tecnicamente fattibili, sia degli approfondimenti sul tema relativo alla trasformazione impiantistica, finalizzata all'installazione di dispositivi di misurazione dei consumi per ogni singola unità immobiliare³⁰².

9. Considerazioni finali

Da quanto descritto nel presente lavoro, si comprende chiaramente l'attenzione che il legislatore e il Governo italiano hanno rivolto sul servizio idrico integrato. Anche i dati statistici distribuiti dall'ISTAT e dall'ARERA evidenziano come il servizio idrico e le relative infrastrutture presenti sul territorio italiano siano alquanto datate e inadeguate a offrire un servizio completo e all'avanguardia, come accade nei principali Paesi europei, creando difatti un *water divide* tra Nord e Sud Italia.

È altrettanto pacifico che il settore idrico ha sofferto, prima della costituzione dell'ARERA e dell'attribuzione delle nuove competenze, di un vuoto regolatorio in quanto le Autorità esistenti non erano dotate della necessaria indipendenza e non godevano di pieni poteri. Dunque, con la costituzione dell'ARERA e l'attribuzione a questa delle competenze in materia idrica, si sono compiuti importanti passi in avanti e il quadro regolatorio e di vigilanza del settore idrico appare maggiormente completo e più solido, conformemente a quanto stabilito anche dall'Unione Europea tramite diritto derivato.

Preme però far presente che vi sono diversi punti su cui il legislatore sarà chiamato ad esprimersi: uno fra tutti il potere regolatorio e sanzionatorio dell'ARERA per quanto concerne la corretta applicazione e la governance del Piano Nazionale Ripresa e Resilienza da parte dei principali attori chiamati in causa. Inoltre, sarà compito dello stesso legislatore intervenire per porre fine alle procedure d'infrazione attualmente aperte dall'UE e colmare le relative lacune normative.

³⁰² Per approfondimenti: <https://www.arera.it/it/docs/22/002-22.htm>



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Infatti, solamente attraverso un attento controllo e un corretto esercizio del potere regolatorio da parte dell'Autorità sarà possibile raggiungere gli obiettivi e i risultati prefissati dai due più recenti interventi normativo-programmatici emanati nell'ultimo anno.

La gestione del ciclo integrato dei rifiuti: analisi comparativa dei *case studies* di Roma e Milano tra *input* europeistici verso modelli di economia rigenerativa e *impasse* locali

di Gianpiero Gaudiosi*
23 marzo 2022

Sommario: 1. Introduzione. Servizi pubblici locali a rete: la *species* del "servizio rifiuti" tra peculiarità e prospettive di miglioramento future. – 2. L'etero modello eurounitario di *circular economy* al tavolo della *governance* multilivello. – 3. Primi esiti del mandato regolatorio e di controllo del ciclo dei rifiuti in capo all'ARERA. – 4. La natura ancipite degli atti di regolazione di ARERA. – 5. Il nuovo metodo tariffario (MTR) per il triennio 2018-2021. – 6. *Segue*: il secondo periodo regolatorio (2022-2025). Il MTR-2. – 7. *Case study*: il virtuoso esempio della AMSA S.p.A. di Milano. – 8. L'altro volto della gestione dei servizi di igiene urbana nel caso dell'omologa capitolina AMA S.p.A.: come il fine vita dei prodotti genera un'emergenza. – 9. Procedure ad evidenza pubblica: un breve prontuario sulle *best practice* e sulle strategie di gara migliorative della qualità e competitività nel settore dei rifiuti.

* Legale di società pubblica, specializzato in diritto amministrativo e appalti pubblici.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Abstract: Sempre al centro di ampi dibattiti e spinta dai nuovi modelli di economia "rigenerativa", la questione ambientale e la gestione pubblica dei rifiuti sono oggi temi cruciali che dobbiamo affrontare, non soltanto attraverso i nostri comportamenti e azioni quotidiane, ma come società e come Paese. Numerose riforme e normative nazionali di recepimento hanno inevitabilmente impattato sulla già complessa governance di settore. Esaminando i capoluoghi di Roma e Milano, il presente elaborato intende fornire una disamina dei diversi procedimenti di regolazione, gestione e controllo dei rifiuti, per identificare le *best practice* nell'affidamento dei servizi di igiene urbana.

Always at the center of wide-ranging debates and driven by new models of "regenerative" economics, the environmental issue and public waste management are crucial issues we must address today, not only through our daily behaviors and actions, but as a society and as a country. Numerous reforms and national transposing legislation have inevitably impacted the already complex governance of the sector. By examining the capitals of Rome and Milan, this paper aims to provide an examination of the different processes of waste regulation, management and control, in order to identify best practices in the contracting of urban sanitation services.

1. Introduzione. Servizi pubblici locali a rete: la *species* del "servizio rifiuti" tra peculiarità e prospettive di miglioramento future

Il servizio di gestione dei rifiuti urbani e assimilati identifica, già diversi anni or sono, un paradigmatico *case-study* dalle notevoli implicazioni pratiche. Ciò spiega la ragion per cui i teorici del diritto, tanto quanto gli studiosi di economia pubblica, vi hanno intravisto il *core* sul quale costruire rinnovate analisi e avviare stimolanti riflessioni in materia di servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica generale (*scilicet* i settori idrico, gas, energia elettrica, trasporti). Il *genus* si mostra immediatamente contraddistinto dalla necessaria comunanza di taluni fattori minimi. Primariamente, risalendo alla genesi del concetto stesso, il parametro distintivo accomunante i servizi anzidetti attiene all'esistenza di una rete, sia essa materiale o immateriale, cui si accompagna un proteiforme insieme di caratteri ulteriori e suscettibili di variare per lo più in funzione dell'impostazione giuspubblicistica cui si intenda aderire in merito alla nozione di servizio pubblico³⁰³. Per quanto qui di interesse

³⁰³ Non può non farsi riferimento alla nota tanto quanto risalente dicotomia polarizzata sulle due opposte letture della nozione, delle quali l'una qualifica il servizio pubblico in termini soggettivi, focalizzandosi sul meccanismo di "municipalizzazione" e ossia di imputazione del servizio medesimo ad un soggetto pubblico. La seconda impostazione, susseguente la prima sul piano cronologico e oggi largamente predominante, fonda il nucleo definitorio del concetto di servizio pubblico su una matrice oggettiva, ponendo l'enfasi sulla natura dell'attività in cui si sostanzia, la quale non può che essere oggettivamente pubblica, «in quanto intimamente connessa con il soddisfacimento di bisogni... collettivamente) avvertiti come primari». L'ipotesi ricostruttiva incentrata su una concezione oggettiva del servizio pubblico risale già a U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964 ed



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

corre l'obbligo, però, di dettagliare sin da subito le peculiarità proprie e immanenti alla *species* del servizio rifiuti, onde evitare che quest'ultima venga indiscriminatamente accostata alle ulteriori fattispecie e confusamente attratta all'interno di un unico, grande, calderone. L'elemento qualificante la gestione del ciclo dei rifiuti investe due aspetti cardine. Il primo afferisce alla configurazione stessa del servizio che tipicamente assume le forme di un "sistema a filiera complessa" e "a cascata", giacché si snoda lungo una pluralità di fasi tra loro intimamente connesse (raccolta, trasporto, recupero e smaltimento³⁰⁴). Al cospetto della serie di attività ante descritte, l'utente è sito "a monte" in quanto – diversamente che per altri servizi locali – non coincide solamente con il soggetto interessato alla "dismissione" del rifiuto, attraverso il riutilizzo, riciclaggio ovvero (solo in ultima analisi e quale *extrema ratio*, come si vedrà *infra*) a mezzo di operazioni di smaltimento dello stesso. *A contrario*, nell'ambito dell'ampio e complesso ciclo di vita del rifiuto, il prototipo del consumatore assomma in sé, ad un tempo, le figura dell'utente finale del servizio e il ruolo di produttore iniziale del rifiuto, dalla cui "nascita" prende le mosse l'intero processo organizzativo. Detto aspetto, in cui è possibile intravedere il secondo dei capisaldi del settore, appare del resto perfettamente in linea con la definizione di rifiuto che ancora oggi trova accoglimento nel D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (d'ora innanzi, T.U. ambiente), sebbene coniata nel lontano 1975³⁰⁵. L'art. 183, comma 1, lett. a) – nel ricalcare l'impronta definitoria di matrice eurounitaria – riconduce sotto la voce "rifiuto" «qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o abbia l'obbligo di disfarsi». A questo proposito, il tenore descrittivo della norma testé citata presenta una duplice connotazione, mercé il riferimento alla condizione per cui – affinché la sostanza od oggetto (criterio oggettivo) sia qualificabile come rifiuto – occorre che il detentore ponga in essere o semplicemente abbia l'intenzione o l'obbligo di porre in essere una condotta materiale consistente nell'atto di disfarsene (criterio soggettivo)³⁰⁶. Quanto esposto in premessa – lungi dall'arrestarsi entro un piano astrattamente illustrativo del fenomeno in esame – serve piuttosto a fornire le coordinate necessarie per orientarsi e comprendere nel prosieguo quali siano le principali criticità sottese alle esperienze di regolazione del settore, nonché ad introdurre le soluzioni prospettabili, *de iure condendo*, in vista del miglioramento dell'efficacia ed efficienza del

oggetto di ulteriore e approfondita analisi da parte di D. SORACE, *La riflessione giuridica di Umberto Pototschnig: i "servizi pubblici"*, in *Diritto pubblico*, 2002, pp. 583 e ss.. A questo proposito, sul tema specifico, risponde esaurientemente al condiviso e non facile intento di enucleare i caratteri che meglio identificano i servizi *de quibus* partendo da un'analisi degli aspetti surriferiti lo scritto di F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete. L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Giappichelli Ed., Torino, 2005. In particolare, si rimanda al capitolo I, dal titolo «Nozione e caratteri del servizio pubblico in genere e del servizio pubblico a rete in specie», pp. 15 e ss.

³⁰⁴ La definizione di «gestione dei rifiuti» si ricava dall'art. 183, comma 1, lett. n) del D. Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (T.U. ambiente). A ben vedere, tuttavia, i singoli momenti che compongono il ciclo della gestione dei RU si differenziano significativamente tanto sul piano tecnico che sotto il profilo economico.

³⁰⁵ Il riferimento è alla direttiva 75/442/CEE.

³⁰⁶ Sul punto, cfr. P. FICCO, Definizione di rifiuto e codice EER in Paola Ficco, *Gestire i rifiuti tra legge e tecnica* (A cura di), Edizioni Ambiente, VIII, ottobre 2020, pp. 49 e ss.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

mercato dei rifiuti.

2. L'etereo modello eurounitario di *circular economy* al tavolo della *governance* multilivello

Onde affrontare compiutamente le tematiche surriferite giova preliminarmente inquadrare il regime normativo vigente e l'assetto del mercato dei rifiuti, ambedue inevitabilmente condizionati dalle indicazioni di scaturigine eurounitaria. La disciplina ambientale e la materia dei rifiuti, *stricto sensu* intesa, sono state difatti attraversate in anni recenti da un impetuoso filone di riforme ispirate alla volontà di promuovere un approccio che risultasse edificato su modelli di economia "rigenerativa"³⁰⁷. Dette riforme e le correlate normative nazionali di recepimento³⁰⁸, improntate su una rilettura complessiva del sistema secondo una logica denominata di "chiusura del cerchio" – volta a far sì che il rifiuto³⁰⁹ segua un'orbita circolare migrando "dalla culla alla culla" – hanno finito inevitabilmente per impattare sulla *governance* di settore, già di per sé oltremodo complessa. Come noto, l'erogazione del servizio di igiene urbana dipende da un sistema di *governance* multilivello. Originariamente, detto disegno di *governance* era centrato sulla figura ed il ruolo del Comune regolatore³¹⁰. Ad esito del processo di progressiva erosione del relativo diritto di privativa³¹¹, i Comuni hanno visto notevolmente affievolirsi l'iniziale discrezionalità di cui

³⁰⁷ A tal proposito, assumono rilievo, prime fra tutte, le direttive UE che compongono il c.d. "pacchetto sull'economia circolare". Di queste, in particolare, la Direttiva (Ue) 2018/850 che modifica la direttiva 1999/31/Ce sulle discariche e la Direttive (Ue) 2018/851 e 2018/852 che modificano la direttiva-quadro 2008/98/Ce ('*Waste Framework Directive*') relativa ai rifiuti.

³⁰⁸ Un passaggio fondamentale nell'ottica dell'attuazione, nel nostro ordinamento, delle direttive sopra richiamate è stato apportato mediante l'emanazione del D.lgs. 3 settembre 2020, n. 116 (pubblicato sulla G.U. n. 226 dell'11 settembre 2020 ed entrato in vigore il 26 settembre 2020).

³⁰⁹ che altro non è che una «risorsa messa in un posto sbagliato». Così, P. FICCO, *op. cit.*, p. 60.

³¹⁰ In particolare, come recitava l'(oggi abrogato) art. 9 della legge 20 marzo 1941, n. 366, «*I servizi inerenti alla raccolta, al trasporto ed allo smaltimento dei rifiuti urbani competono ai Comuni, i quali sono tenuti a provvedervi con diritto di privativa*». Ai fini di una più approfondita disamina e di una completa ricostruzione storica in tema di privativa comunali si v. G. FONDERICO, *Il comune regolatore. Le privativa e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, Pisa, Ets, 2012, pp. 21 e ss.

³¹¹ Inciso dal Decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22 (Decreto Ronchi, che ha reso efficaci in Italia le direttive europee sui rifiuti urbani, sui rifiuti pericolosi e sugli imballaggi), il cui art. 21, al comma 7 (come sostituito dall'art. 23, comma 1, lett. e) della legge n. 179/2002), ha escluso dal regime di privativa comunale «...*le attività di recupero dei rifiuti urbani e assimilati, a far data dal 1 gennaio 2003*», derivandone che, ai fini delle attività di recupero dei RU, le utenze non domestiche possano accedere al libero mercato. Un altro limite importante promanerebbe inoltre dall'art. 181, co. 5, T.U. ambiente, a mente del quale «*per le frazioni di rifiuti urbani oggetto di raccolta differenziata destinati al riciclaggio ed al recupero è sempre ammessa la libera circolazione sul territorio nazionale tramite enti o imprese iscritti nelle apposite categorie dell'Albo nazionale gestori ambientali*», ovvero ancora dal D.lgs. n. 116/2020 (di attuazione delle direttive Ue in tema di economia circolare). Prima dell'avvento del cennato decreto, era previsto che la procedura di assimilazione dei rifiuti speciali non pericolosi ai rifiuti urbani fosse demandata a Regolamenti comunali, secondo criteri quali-quantitativi fissati dallo Stato. Riguardo a tale punto, il D.Lgs. cit. ha soppresso la competenza dei Comuni in



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

beneficiavano in sede di delimitazione del perimetro della riserva³¹². A ciò si è accompagnata una (sia pur) parziale liberalizzazione di quelle attività economiche³¹³ per le quali è apparsa auspicabile un'apertura al mercato (c.d. "concorrenza nel mercato"). In un quadro così complesso, come anticipato, la *governance* del servizio – oltre che far capo ai Comuni che devono "concorrere" alla organizzazione e gestione dello stesso a norma dell'art. 198 T.U. ambiente – risulta distribuita su plurimi e diversi livelli di governo, ciascuno con ruoli e compiti coerenti con il livello territoriale rappresentato. In tal senso, allo Stato competono funzioni di indirizzo e coordinamento dei livelli via via più vicini agli utenti, mentre alle Regioni – che svolgono un ruolo di pianificazione e intervengono nella definizione degli obiettivi ambientali in coerenza con le strategie nazionali e comunitarie – è devoluto il compito di provvedere alla delimitazione degli ambiti territoriali ottimali (ATO)³¹⁴ – assumendo un ruolo chiave in sede di definizione della c.d. "geografia dei rifiuti"

materia di regolamentazione sull'assimilazione dei rifiuti speciali ai rifiuti urbani, a decorrere dal 1° gennaio 2021, sicché la procedura di assimilazione risulta essere oggi interamente rimessa alla disciplina uniforme della legge. Val la pena, in proposito, rifarsi al saggio di A. BENEDETTI, *Organizzazione e regolazione dei servizi locali di interesse economico: il caso del ciclo dei rifiuti urbani*, in *federalismi.it*, 2021, VI, pp. 4 e ss.

³¹² oggi ancora "estesa" alle attività di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti urbani, comprese le attività di trattamento propedeutiche allo smaltimento in discarica della frazione umida del rifiuto urbano indifferenziato (RUR) e dunque operante con riferimento a tutti i rifiuti originati da attività domestiche e assimilate, avviati allo smaltimento. La riserva ai Comuni di consimili attività trova fondamento in chiare ed evidenti ragioni di tutela dell'igiene e del decoro urbano ma anche nella tutela dell'ambiente e nell'esigenza di realizzare economie di densità, garantite unicamente da condizioni di esclusività («*si pensi alle diseconomie legate alla raccolta dei rifiuti in un territorio la cui popolazione è ridotta e diffusa*», cfr. A. BENEDETTI, *La regolazione del ciclo integrato dei rifiuti e il ruolo dell'ARERA* in *Economia Pubblica*, 2019, 2, p. 117). Dette considerazioni traggono spunto altresì dalla Indagine conoscitiva dell'Agcm sui rifiuti solidi urbani, IC49, del 21 gennaio 2016.

³¹³ A questo proposito giova ribadire che al di fuori del diritto di privativa dei Comuni sono rimaste le attività di riciclaggio e le altre forme di recupero. Si v. C. RAPICAVOLI, *La gestione dei rifiuti urbani in Ambiti Territoriali Ottimali - La pianificazione - Il venir meno della privativa comunale per le attività di recupero* in *AmbienteDiritto.it*.

³¹⁴ La norma di riferimento è contenuta all'art. 200 del T.U. ambiente che ha previsto una nuova organizzazione territoriale del servizio di gestione dei rifiuti, purché rispondente ai seguenti criteri: «*a) superamento della frammentazione delle gestioni attraverso un servizio di gestione integrata dei rifiuti; b) conseguimento di adeguate dimensioni gestionali, definite sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici e sulla base delle ripartizioni politico-amministrative; c) adeguata valutazione del sistema stradale e ferroviario di comunicazione al fine di ottimizzare i trasporti all'interno dell'ATO; d) valorizzazione di esigenze comuni e affinità nella produzione e gestione dei rifiuti; e) ricognizione di impianti di gestione di rifiuti già realizzati e funzionanti; f) considerazione delle precedenti delimitazioni affinché i nuovi ATO si discostino dai precedenti solo sulla base di motivate esigenze di efficacia, efficienza ed economicità*». Gli ambiti territoriali ottimali (nel momento in cui si scrive, 76), si ricordi, devono oggi avere dimensioni almeno provinciali, laddove estensioni inferiori richiedono una giustificazione incardinata sui principi di proporzionalità, adeguatezza, efficienza e sui criteri di differenziazione territoriale e socio-economica. I principi in questione (ed in particolare, quello di adeguatezza) si atteggiano quale monito politico rivolto al legislatore (statale e regionale) in vista dell'obiettivo di ristrutturare il governo locale e di rendere le dimensioni dei diversi enti coerente



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

– alla individuazione degli enti di governo d'ambito (EGA)³¹⁵ nonché alla predisposizione dei Piani di gestione dei rifiuti. All'interno di una sì articolata geometria di attori e dell'intrigato schema di attribuzioni sopra descritte, l'ente di governo si pone al centro dei piani di riordino degli assetti organizzativi e, come tale, si mostra investito di funzioni cruciali per l'intera catena di comando. Quanto riportato sembra d'altronde trovare un avallo positivo nella normativa generale in materia (cfr. decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138³¹⁶, art.3-bis, co. 1-bis), dalla quale risulta che l'EGA è l'unico soggetto depositario delle funzioni di organizzazione del servizio³¹⁷. Malgrado la bontà degli intenti manifestati dal legislatore, è d'obbligo registrare le notevoli carenze occorse per ciò che attiene alla fase attuativa delle novelle: in particolare, la strenua resistenza opposta dalle amministrazioni territoriali in sede di adesione agli enti di governo³¹⁸, i ritardi manifestati dalle politiche regionali³¹⁹, l'elevata disomogeneità territoriale tra i bacini di raccolta³²⁰, come pure le forti

con i compiti amministrativi che sono loro attribuiti. Così, A. IUNTI, *Le Autorità d'ambito tra normativa statale e scelte del legislatore regionale in Le istituzioni del federalismo, Supplemento*, 2008, n. 4, p. 82.

³¹⁵ Istituiti e designati per ciascun ATO ed ai quali gli enti territoriali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale hanno l'obbligo di aderire.

³¹⁶ recante la disciplina generale dei servizi pubblici locali a rilevanza economica.

³¹⁷ In particolare, l'art. 3-bis, comma 1-bis, d.l. cit., espressamente – in aggiunta alla funzione di organizzazione – affida in via esclusiva agli enti di governo degli ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, nell'ambito dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli appartenenti al settore dei RU, i poteri di «scelta della forma di gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza per quanto di competenza, di affidamento della gestione e relativo controllo».

³¹⁸ Che hanno finito per inficiare la piena ed auspicata operatività degli EGATO: secondo i dati raccolti dall'ARERA, ad oggi, in almeno dieci Regioni gli EGATO risultano pienamente operativi (tratterebbesi di Valle d'Aosta, Liguria, Piemonte, Veneto, Friuli-Venezia Giulia, Emilia-Romagna, Toscana, Umbria, Puglia, Basilicata), mentre in altre aree del Paese si osservano situazioni che presentano profili di completa o parziale non operatività dei medesimi EGATO. I dati traggono spunto dalla Consultazione ARERA 282/2021/R/rif del 2 luglio 2021, avente ad oggetto la “definizione del metodo tariffario rifiuti per il secondo periodo regolatorio (MTR-2)”.

³¹⁹ In particolare occorre segnalare l'omessa individuazione e/o designazione degli enti di governo da parte delle Regioni ovvero, in ipotesi di mancata adesione agli EGA già costituiti da parte dei comuni, si segnalano i forti ritardi in sede di attivazione (ad opera dei Presidenti di Regione, «previa diffida all'ente locale ad adempiere entro il termine di trenta giorni») di poteri sostitutivi finalizzati alla nomina di commissari straordinari ed al loro conseguente subentro nelle funzioni proprie degli EGA nelle more della loro piena operatività.

³²⁰ Ferma restando la possibilità accordata alle Regioni, ex art. 3-bis cit., di derogare alla dimensione provinciale, individuando ambiti di dimensione diversa, provinciale, infraprovinciale o interprovinciale (in proposito si veda ANAC, Delibera n. 215 del 2 marzo 2016). A questo proposito, mette conto osservare difatti che il quadro territoriale, a livello nazionale, si mostra fortemente frastagliato: a seguito di monitoraggio sull'evoluzione della legislazione regionale, si passa da Regioni per le quali è stata attuata una ripartizione del territorio regionale in una pluralità di ambiti (su base di dimensioni provinciali, come in Lazio, Campania o Piemonte), alcuni dei quali di dimensione addirittura inferiore al territorio delle corrispondenti province o città metropolitane (come la Sicilia o il Veneto), ad altre (come ad esempio Basilicata, Puglia, Sardegna) che hanno previsto un ATO unico regionale. Per un quadro d'insieme, si rinvia ai dati raccolti nella Relazione del Senato della Repubblica «sull'adempimento degli obblighi posti a carico delle regioni, degli enti di governo



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

disparità nella qualità dell'erogazione del servizio, specie tra Nord e Sud, fotografano nitidamente una situazione ancora endemicamente frammentata³²¹ e unificata solamente sotto l'egida e nel solco degli indirizzi promananti dalla politica europea.

3. Primi esiti del mandato regolatorio e di controllo del ciclo dei rifiuti in capo all'ARERA

È agevole cogliere il motivo per il quale su un terreno così franoso si sia innestato il mandato di regolazione economica e di controllo del servizio di gestione dei rifiuti urbani e assimilati conferito all'Arera. La riforma³²², attuata in virtù della previsione contenuta nell'art. 1, comma 527, della legge 27 dicembre 2017, n. 205 (Legge di Bilancio 2018) e orientata dal proposito di promuovere e garantire, anche in relazione al settore dell'igiene urbana, la piena ed effettiva attuazione dei principi di «*accessibilità, fruibilità e diffusione omogenee sull'intero territorio nazionale, nonché adeguati livelli di qualità in condizioni di efficienza ed economicità della gestione*», ha il merito di aver accentrato in capo all'Autorità poteri e funzioni che hanno finito, così, per essere attratti ad una dimensione nazionale³²³ e che, diversamente, sarebbero rimasti prerogativa di disparati livelli di governo, malgrado da questi ultimi in concreto non fossero mai stati esercitati. Ciò posto, nell'ottica di superare i localismi e rifondare una catena di comando favorendo lo sviluppo del mercato e contestualmente tutelando più incisivamente gli interessi degli utenti, l'ARERA è stata investita, come anticipato, di poteri tipicamente regolatori.

Tra questi, si segnalano per priorità maggiore, *inter alia*, l'«*emanazione di direttive per la separazione contabile e amministrativa della gestione*» (c.d. *unbundling*)³²⁴, la «*tutela dei diritti degli utenti, anche tramite la valutazione di reclami, istanze e segnalazioni*»³²⁵, la «*definizione di schemi tipo dei contratti di servizio di cui all'articolo 203 del decreto*

dell'ambito e degli enti locali in materia di servizio idrico integrato, riferita al primo semestre 2020, presentata dal Presidente dell'Area il 30 giugno 2020 e annunciata nella seduta n. 237 dell'8 luglio 2020.

³²¹ sia in termini gestionali, lungo la filiera, che in termini di parcellizzazione dei perimetri di affidamento e della regolazione locale.

³²² Le intenzioni sottese alla riforma, perpetuate nel 2018 per merito della legge di bilancio, erano del resto già chiaramente esplicitate nel testo dell'art. 16 dello schema di decreto legislativo recante il testo unico dei servizi pubblici locali di interesse economico generale (atto del Governo n. 308, XVII legislatura, giugno 2016), e tuttavia decaduto per effetto della mancata definitiva approvazione a seguito della nota sentenza n. 251/2016 della Corte costituzionale. È proprio sotto l'egida dell'attribuzione delle nuove, citate, funzioni che l'Autorità di regolazione per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (AEEGSI) assunse la nuova denominazione di Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA).

³²³ Sottraendoli invece alla valutazione discrezionale delle autorità pubbliche locali; poteri che, precisa la norma, devono essere esercitati dall'ARERA nel solco del perimetro operativo tracciato dalla disciplina di cui alla legge 481/1995, istitutiva delle Autorità di regolazione per i servizi di pubblica utilità.

³²⁴ Cfr. art. 1, comma 527, lett. a), Legge di Bilancio 2018.

³²⁵ *Ivi*, lett. d).



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

legislativo 3 aprile 2006, n. 152»³²⁶. A differenza di altri settori³²⁷, tuttavia, in quello dei rifiuti³²⁸ – difettando un appiglio normativo sovranazionale – l'estensione degli ambiti di azione entro cui l'Autorità indipendente può legittimamente operare ricade per forza di cose all'interno di quel "cono d'ombra" affidato all'ondivaga ed incerta discrezionalità degli Stati membri.

4. La natura ancipite degli atti di regolazione di ARERA

Al pari di tutte le altre autorità indipendenti presidianti la regolazione di settori nevralgici dell'ordinamento, l'ARERA esplica le relative funzioni pubbliche da una posizione di «*almeno tendenziale indipendenza dal potere politico*», fondando i suoi processi decisionali sull'esperienza tecnica e sulla neutralità³²⁹. Con riferimento al servizio di gestione dei rifiuti (e, principalmente, alle attività oggetto di privativa³³⁰), l'ARERA – nella sua qualità di "regolatore" – assume più propriamente un ruolo di "custode" dei modelli di razionalità economica, utili tanto per orientare le scelte del decisore pubblico quanto per dare autonomo spazio alla tutela degli utenti³³¹. In questo senso, compito ultimo dell'Autorità è

³²⁶ *Ivi*, lett. e). In aggiunta a quelli citati, a titolo soltanto esemplificativo e non esaustivo, corre l'obbligo menzionare inoltre la predisposizione ed aggiornamento del metodo tariffario per la determinazione dei corrispettivi del servizio integrato dei rifiuti e dei singoli servizi; la fissazione dei criteri per la definizione delle tariffe di accesso agli impianti di trattamento; l'approvazione delle tariffe; la verifica della corretta redazione dei piani di ambito; la formulazione di proposte relativamente alle attività comprese nel sistema integrato di gestione dei rifiuti da assoggettare a regime di concessione o autorizzazione in relazione alle condizioni di concorrenza dei mercati e altre ancora.

³²⁷ quali, l'energia elettrica ed il gas, ove a livello eurounitario si sono susseguite direttive tese a disciplinare finalità e compiti delle autorità nazionali di regolazione.

³²⁸ E allo stesso modo per l'idrico.

³²⁹ Assurgendo dunque, come noto, ad una sorta di "quarto potere" dello Stato. La sottrazione dei poteri regolatori dell'Autorità al circuito legislativo-esecutivo e così l'assenza di responsabilità politica assume una connotazione, per così dire, "tendenziale" posto che essa agisce pur sempre nel rispetto degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo e dal Parlamento, nonché in ossequio alla disciplina normativa di fonte unionale. A tal proposito, è d'uopo operare un rinvio all'analisi generale svolta da S. FOA, *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura dal mercato*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4, 2020, pp. 773 e ss; l'A. in particolare ripercorre gli snodi principali sottesi al dibattito *in subiecta materia*, offrendo una disamina accurata (guardando singolarmente a ciascuna delle autorità di regolazione) circa i principali "indicatori dell'indipendenza" dal potere politico, *id est*, l'autonomia finanziaria e contabile e le modalità di nomina e revoca dei rispettivi componenti.

³³⁰ Cioè, il ciclo dei rifiuti indifferenziati urbani e assimilati che comprende, come già annotato, le attività di raccolta, trasporto e spazzamento (a monte) e quelle di trattamento e avvio al recupero o discarica (a valle).

³³¹ Introdurre "razionalità economica" da parte del Regolatore significa promuovere e tutelare gli effetti della concorrenza relativamente a quei segmenti di mercato in cui non vigono *naturaliter* condizioni concorrenziali, emulandone gli effetti. Nel dettaglio, il potere di regolazione di ARERA si esplica mediante l'assunzione di decisioni da parte del Collegio in forma di Delibera, di cui viene data



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

pertanto quello di realizzare un contemperamento tra la tutela degli interessi generali del servizio e le specificità economiche proprie del settore³³², dalla forte vocazione privata e dalle enormi disparità gestorie imputabili alla discrezionalità degli enti locali³³³. Il perseguimento di un consimile obiettivo passa attraverso un duplice ordine di competenze di spettanza dell'ARERA e nel cui esercizio l'Autorità medesima adotta una duplice categoria di atti. Orbene, in proposito occorre distinguere gli atti di regolazione economico-tariffaria da quelli di regolazione non tariffaria (*rectius*, di regolazione della qualità tecnica e contrattuale). Sul primo versante, la regolazione si mostra finalizzata a definire criteri di riconoscimento di costi efficienti, schemi di regolazione tariffaria e parametri per la determinazione del tasso di remunerazione del capitale, nonché meccanismi di incentivazione finalizzati ad incrementare riciclaggio e recupero dei rifiuti urbani. Viceversa, obiettivo strategico verso cui tende la regolazione della qualità è quello di conseguire una graduale convergenza a livello nazionale verso standard minimi di qualità dei servizi resi. Qualità che, come sopra osservato, è declinata in termini ancipiti, in quanto si compone di una dimensione tecnica e di una dimensione commerciale³³⁴. Tra gli aspetti ricompresi sotto la definizione di "qualità tecnica" figurano, tra gli altri, la continuità, la regolarità e la sicurezza nell'erogazione del servizio agli utenti mediante la previsione (rispettivamente) di *«misure volte a contenere e disciplinare le interruzioni del servizio [nonché, ndr] atte a garantire il rispetto della programmazione (frequenza) dei servizi medesimi effettuata dai soggetti competenti [e ancora] attraverso la definizione di misure che dovranno essere eseguite dai gestori sia a livello preventivo sia a livello correttivo - cioè quando il*

pubblicità legale attraverso pubblicazione sul sito *web* istituzionale dell'Autorità e la cui adozione si colloca a valle di un procedimento di consultazione (disciplinato con Del. 649/2014/A), che consta della diffusione di documenti di consultazione, raccolta di osservazioni scritte, audizioni collettive e individuali. Per l'adozione di provvedimenti di particolare rilievo è applicata la metodologia c.d. AIR "Analisi di Impatto della Regolazione". L'Analisi in questione consente di rendere più approfondito il percorso decisionale che conduce alla scelta di una determinata opzione d'intervento regolatorio, descrivendo i motivi per i quali si intende modificare lo *status quo*, indicando gli obiettivi da perseguire, confrontando una pluralità di alternative ed esaminando la necessità e l'efficacia dell'intervento stesso, valutandone le ricadute in termini quantitativi e qualitativi (Cfr. Comunicato stampa ARERA del 6 novembre 2008, consultabile sul sito *web* dell'Autorità, al link https://www.arera.it/it/com_stampa/08/081106.htm).

³³² garantendo, nell'ambito di un modello unitario di gestione, la coesistenza di condizioni di efficienza economica e di livelli di qualità minimi per l'utenza.

³³³ In questo contesto, spiega giustamente Aurette Benedetti, la Legge di Bilancio del 2018 – mantenendo in vita un modello regolatorio diffuso e integrandolo delle competenze "migliorative" del sistema pregresso riconosciute in capo all'Arera – ha fatto sì che fossero salvaguardate le competenze regolatorie comunali, *«ma al contempo implica la piena vincolatività, per i Comuni stessi, nonché per le Autorità d'ambito, delle determinazioni dell'ARERA»* (cfr. A. BENEDETTI, *Op.cit.*, p. 115).

³³⁴ In materia di regolazione della qualità contrattuale e tecnica del servizio di gestione dei RU, ARERA - nel corso del 2021 – ha pubblicato due Documenti di consultazione (c.d. "DCO"), ovvero: DCO 72/2021/R/Rif pubblicato il 23 febbraio 2021 e DCO 422/2021/R/Rif, pubblicato il 12 ottobre u.s. e contenente anche uno schema di provvedimento finale, che costituirà il testo integrato per la regolazione della qualità del servizio di gestione dei rifiuti (RQRIF).



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

disservizio o l'incidente è già avvenuto - volte a limitare e gestire gli effetti dei disservizi o di situazioni di pericolo o disagio per l'ambiente, le persone o le cose»³³⁵. Per quanto attiene invece alla qualità contrattuale, assume rilievo un set di indicatori (ove si vogliano mutuare le parole adoperate dalla stessa ARERA³³⁶) che, a titolo esemplificativo, involge: «le modalità per la gestione dei reclami, delle richieste di rettifica della fatturazione e delle risposte alle richieste di informazioni», e ancora, «la gestione dei punti di contatto con l'utente, il ritiro dei rifiuti ingombranti, la segnalazione dei disservizi, la riscossione, e la rettifica delle somme richieste».

5. Il nuovo metodo tariffario (MTR) per il triennio 2018-2021

Prima di addentrarsi nel merito della regolazione economico-tariffaria, val la pena qui rammentare che ARERA³³⁷ rappresenta l'unica autorità che gode di piena autonomia finanziaria, potendo far fronte alle spese di gestione e funzionamento avvalendosi (interamente) dei contributi che derivano dal relativo mercato regolamentato. Ciò detto, sul combinato disposto delle previsioni di cui rispettivamente all'art. 1, comma 1, legge n. 481/95 e art. 1, comma 527, legge n. 205/2017 – ambedue precedentemente citate – si costruisce il *framework* normativo essenziale dal quale trae abbrivio il procedimento con cui l'Autorità ha definito una nuova metodologia tariffaria (c.d. MTR)³³⁸, migliorativa rispetto al modello antesignano, impostato sul metodo c.d. “normalizzato” (MN) e che, a sua volta, era stato introdotto con D.P.R. n. 158/1999³³⁹. In ossequio alla normativa sopra cennata, ARERA è stata investita del nodale compito (tra gli altri) di definire un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, come tale in grado di compendiare in uno gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con quelli generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse, quasi da farne un'armonica crasi. Nel primo periodo regolatorio che ha abbracciato il triennio (ormai trascorso) 2018-2021 ed inaugurato – come si diceva – con la Delibera n. 443/2019/R/Rif, il

³³⁵ Cfr. DCO ARERA 72/2021/R/rif del 23 febbraio 2021, p. 8.

³³⁶ definito partendo dai profili comunemente oggetto di disciplina nel rapporto contrattuale fra Ente affidante e gestore del servizio, rinvenibili nelle Carte della qualità e nei Contratti di servizio; in questi termini *ivi*, p. 12.

³³⁷ Assieme all'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private di interesse collettivo.

³³⁸ L'emanazione del nuovo metodo tariffario poggia sulla nota Deliberazione Arera del 31 ottobre 2019, n. 443/2019/R/Rif avente per oggetto la “definizione dei criteri di riconoscimento dei costi efficienti di esercizio e di investimento del servizio integrato dei rifiuti, per il periodo 2018-2020”.

³³⁹ Il metodo in questione, frutto di plurimi e spesso disorganici interventi di ritocco e di processi di sedimentazione normativa, scontava un'applicazione disomogenea sul territorio e congiuntamente si era mostrato inadeguato rispetto all'obiettivo di conferire valore alla capacità di programmazione delle singole amministrazioni. Fattori, questi, che oltre ad acuire il già importante *deficit* infrastrutturale registrato nel Paese e, segnatamente, nelle regioni del Mezzogiorno, hanno contribuito al fenomeno definito di *waste management divide*, in ragione dei divari qualitativi nell'erogazione del servizio sul territorio nazionale.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

soddisfacimento di esigenze siffatte pare aver trovato una risposta compiuta e lineare da parte dell'*Authority* proprio attraverso la configurazione del “nuovo” metodo di calcolo che, in questo senso, incarna gli ideali di un'autentica rivoluzione copernicana del settore. In prima battuta, mette conto evidenziare come, sulla base del MTR, ARERA abbia inteso sgombrare il campo dalla forte opacità conoscitiva che aleggiava attorno ai costi del servizio di igiene urbana³⁴⁰: la vaghezza del dettato normativo e la conseguente mutevolezza e arbitrarietà delle politiche di allocazione dei costi del servizio non potevano che impattare sulle tariffe applicate alle utenze finali³⁴¹. In questa direzione, la scelta di “ridisegnare” un linguaggio comune, sulla scorta del quale addivenire ad un'univoca determinazione dei costi del servizio, ha certamente funto da catalizzatore nell'ottica di promuovere la più ampia trasparenza e omogeneità in sede di determinazione dei corrispettivi a carico dei cittadini. Il ché nei fatti ha reso possibile anche la realizzazione di una più efficiente ed efficace allocazione delle risorse pubbliche provenienti dalla tariffa. Non meno importante è l'aspetto secondo cui la metodologia delineata da ARERA e costruita su logiche operanti in controtendenza rispetto al recente passato – in cui la maggior parte dei costi era sganciata dalla produzione (seppur presunta) di rifiuti – ha garantito al sistema tariffario una più stretta adesione al noto principio di derivazione eurounitaria del “chi inquina paga”³⁴².

³⁴⁰ A tal proposito, il citato metodo normalizzato lasciava confluire all'interno della Tassa comunale sui rifiuti (TARI), che come noto si compone di una parte fissa e di una variabile, voci di costo eterogenee e non sempre strettamente pertinenti il servizio di igiene urbana. Più precisamente, la critica che veniva mossa nei confronti della “vecchia” metodologia di calcolo era incentrata sull'assunto che fuorviante appariva in particolare la definizione della parte dei costi c.d. “fissi” (cfr. D.P.R. n. 158, citato), concepita in maniera tale da poter garantire la copertura delle «*componenti essenziali del costo del servizio*». Il che, com'è intuibile, ingenerava notevoli divari interpretativi tra quanti ritenevano di imputare tra i costi fissi una quota non inferiore al 50% dei costi del personale, ricomprendendo oltre al personale amministrativo anche una parte dei costi del personale tecnico e quanti invece, propendendo per una lettura più restrittiva, riconducevano tra i costi variabili tutti i costi della raccolta, del trasporto, del trattamento e dello smaltimento dei rifiuti, fossero essi differenziati o indifferenziati, compresi quelli del personale dedicato a tali attività, di guisa che il peso dei costi variabili poteva arrivare addirittura a superare il 70% del totale.

³⁴¹ Il discorso è traducibile in termini concreti richiamando l'esempio offerto da REF Ricerche, nel contributo in materia di rifiuti dal titolo “*La tariffa puntuale: un'opportunità da gestire*”, n. 123 del luglio 2019, p. 23: «*per quanto riguarda le famiglie, ad esempio, un maggiore peso della parte variabile tende a penalizzare i nuclei più numerosi, in quanto i coefficienti di producibilità, utilizzati per calibrare i corrispettivi della parte variabile presentano un grado di progressività maggiore rispetto a quelli utilizzati per la parte fissa. Inoltre, un maggiore peso della parte fissa tende a depotenziare l'efficacia delle agevolazioni eventualmente praticate alle utenze per comportamenti virtuosi (come l'autonomo conferimento ai centri di raccolta e di recupero della frazione differenziata o il compostaggio), che hanno impatto solo sui corrispettivi della parte variabile*». Lo studio è consultabile al link:

https://www.refricerche.it/fileadmin/Materiale_sito/contenuti/Laboratorio_Contibuto_n.123_01.pdf.

³⁴² È il c.d. *polluter pay principle* introdotto per la prima volta dall'art. 14 della Direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, che al comma 1 della citata disposizione espressamente stabilisce che «*i costi della gestione dei rifiuti sono sostenuti dal produttore iniziale o dai detentori del momento o dai detentori precedenti dei rifiuti*».



6. Segue: il secondo periodo regolatorio (2022-2025). Il MTR-2

Ad esito del passaggio al secondo periodo regolatorio, che investe il quadriennio 2022-2025, ARERA ha dato avvio al procedimento per la definizione del MTR-2³⁴³, ereditando in buona parte l'impostazione di fondo³⁴⁴ e gli obiettivi ultimi sulla falsariga dei quali era stato già implementato l'approccio regolatorio nel triennio antecedente. Ebbene, il Metodo Tariffario Rifiuti per il secondo periodo regolatorio è congegnato dall'Autorità secondo criteri di calcolo ed un sistema di regole utili a porre rimedio ad un duplice ordine di irrisolte criticità, cui la metodologia codificata nel D.P.R. n. 158 – stante la sua intrinseca debolezza – non era riuscita a far fronte. Trattasi di profili (soltanto) scrutinati sino al primo periodo dal Regolatore che, in considerazione della «*poliedricità del settore*», aveva inteso prediligere il ricorso a strumenti contraddistinti da una «*gradualità nell'implementazione e [da una] asimmetria nelle soluzioni prospettate*» e orientati al conseguimento, come accennato, «*dei primi elementi chiave di trasparenza, di efficienza e di selettività*»³⁴⁵. Si rinviava invece ad una fase successiva l'opportunità di ampliare la nuova disciplina tariffaria anche a fattori e misure che risentono degli effetti dell'avvenuto recepimento del "Pacchetto dell'Economia Circolare" e dalla concomitante implementazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)³⁴⁶. In tal senso, tra gli elementi di maggiore novità, il secondo metodo ha promosso il finanziamento di iniziative volte al potenziamento delle infrastrutture di settore, in ragione della acquisita consapevolezza della grave carenza che affligge i comparti del trattamento e del recupero nel nostro Paese³⁴⁷. Detta iniziativa si era resa ormai improrogabile alla luce del dichiarato obiettivo di operare, in ossequio ai principi di prossimità, autosufficienza e di tutela dell'ambiente e della salute pubblica, la chiusura del ciclo dei rifiuti a livello regionale o di macro-area. Difatti, il superamento dei *gap* impiantistici di cui si è discusso nelle pagine precedenti è, tra le strategie dispiegabili in vista

³⁴³ La delibera primigenia del secondo periodo regolatorio è la n. 138/2021/R/RIF del 30 marzo 2021.

³⁴⁴ Sulla scorta della quale la regolazione è pensata quale «*strumento efficace per garantire la continuità dei servizi essenziali*», cfr. Deliberazione citata n. 138/2021/R/RIF, p. 7.

³⁴⁵ I riferimenti traggono spunto dalle medesime precisazioni svolte da ARERA quali introduzione al testo della Delibera n. 196/2021/R/RIF, punto 1.2.

³⁴⁶ Inviato alla Commissione Europea il 30 aprile 2021. Come ormai ampiamente noto, il PNRR per l'Italia costituisce uno dei due assi portanti per il tramite dei quali si attua il Piano europeo per la ripresa post-pandemica: il Next Generation EU (NGEU). Il piano, che in termini pratici, consta di un ambizioso pacchetto di riforme di contesto – "pubblica amministrazione, giustizia, semplificazione della legislazione e promozione della concorrenza" – è articolato in sedici componenti a loro volta raggruppate in sei missioni di cui, una in particolare – per quanto qui di interesse – abbraccia l'obiettivo della c.d. "rivoluzione verde e transizione ecologica".

³⁴⁷ In particolare, come testimoniano autorevoli studi di settore richiamati dalla medesima ARERA, «*coesistono infatti Regioni virtuose dotate di un parco impiantistico sviluppato in grado di chiudere il ciclo dei rifiuti urbani all'interno del proprio territorio, ricorrendo alle migliori opzioni ambientali di trattamento, con Regioni il cui quadro impiantistico è molto carente o del tutto inadeguato rispetto al fabbisogno*», cfr. Delibera n. 196/2021/R/RIF p. 19, punto 3.8.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

della massimizzazione delle risorse ottenibili e d'altro canto della minimizzazione dello smaltimento in discarica, una tra le più prolifiche e in grado, come tale, di assurgere oggi a "viatico" obbligato nei percorsi di transizione verso una gestione efficiente e sostenibile del ciclo dei rifiuti urbani. Non per ultimo, il MTR-2 intraprende un processo di miglioramento della programmazione economico-finanziaria del settore, quale condizione essenziale a perseguire ulteriormente obiettivi di efficienza.

Per tale ragione, l'Autorità con il nuovo metodo ha colto favorevolmente l'opportunità di estendere l'orizzonte temporale rispetto alla traiettoria di spesa per il servizio di igiene urbana (*rectius*, il volume delle entrate tariffarie) tracciata dai piani economico finanziari (PEF) – redatti dai gestori e approvati, di volta in volta, dal pertinente Ente territorialmente competente – ad almeno un quadriennio³⁴⁸.

7. Case study: il virtuoso esempio della AMSA S.p.A. di Milano

Così brevemente delineata la cornice normativa, regolatoria e di *governance* che cinge il settore dei rifiuti, riveste particolare interesse approfondire – in termini comparatistici – due pratici esempi di sistemi integrati di gestione dei RU. In particolare, il presente scritto intende assumere a riferimento i modelli gestionali riconducibili a due diverse realtà geografiche del paese: vale a dire, i Comuni di Roma e Milano. Pur prendendo atto delle non sottaccibili differenze di scala esistenti tra le aree qui oggetto di raffronto³⁴⁹, in certa misura, la disomogeneità dei dati raccolti³⁵⁰ reca plasticamente evidenza dell'enorme frattura che – coerentemente con quanto sin qui osservato – ancora oggi divide il Nord dal resto dell'Italia in termini di efficienza e di qualità del servizio di igiene urbana. Partendo dall'analisi del caso meneghino, preme rimarcare anzitutto che la Lombardia – segnalatasi tra le Regioni «più virtuose nella gestione dei rifiuti, sia in termini di contenimento della produzione dei rifiuti, sia come percentuale di raccolta differenziata»³⁵¹ - si è avvalsa, come risaputo, della facoltà di adottare «modelli alternativi o in deroga al modello degli Ambiti Territoriali

³⁴⁸ Con i necessari aggiornamenti periodici. Ciò contribuisce a superare il meccanismo connaturato al vecchio metodo "normalizzato", che acconsentiva di fatto ad una predisposizione del PEF secondo logiche ed una visione di breve periodo, traducendosi in un'attività di mero *budget*, che valeva unicamente a pianificare la spesa complessiva del servizio da un anno all'altro.

³⁴⁹ Che inevitabilmente complicano la fattibilità di un'esauriente analisi comparatistica: a questo proposito, non può non considerarsi che a fronte di una popolazione che a Milano è di 3.249.821, la città di Roma capitale supera i quattro milioni di abitanti (precisamente, 4.227.588. Cfr. dati popolazione di fonte ISTAT 2020).

³⁵⁰ La fonte delle informazioni riportate di seguito è rappresentata, in larga misura, dal Rapporto sui Rifiuti urbani n. 355 (Edizione 2021) elaborato dal Centro Nazionale dei Rifiuti e dell'Economia Circolare, dell'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA).

³⁵¹ La spunto riprende un frammento della ricerca condotta nell'ambito del Progetto ReOPEN SPL, di supporto alle Amministrazioni Pubbliche condotto da Invitalia analizzando la situazione in essere sul territorio di ciascuna regione italiana e consultabile al link <file:///C:/Users/A91823F/Downloads/Rapporto%20rifiuti%20Lombardia.pdf>.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Ottimali [proposto dall'art. 200, comma 1, n.d.r.] *laddove predispongano un piano regionale dei rifiuti che dimostri la propria adeguatezza rispetto agli obiettivi strategici previsti dalla normativa vigente [...]*³⁵².

In aderenza a quanto riportato, il sistema normativo regionale (che rinviene i suoi referenti nelle leggi nn. 26/2003³⁵³ e 19/2015³⁵⁴) conferisce un ruolo cardine ai Comuni lombardi, demandando loro la funzione di organizzazione e affidamento del servizio di gestione dei rifiuti urbani, nel rispetto delle indicazioni fornite dalla programmazione regionale. In questo senso, in particolare, la citata l.r. n. 26 del 12 dicembre 2003 non postula *expressis verbis* la costituzione di aggregazioni territoriali o di forme di associazione tra enti locali, limitandosi semplicemente a incentivarle attraverso «azioni a sostegno degli enti locali che affidano in forma associata il servizio, ovvero procedono all'affidamento congiunto di più servizi»³⁵⁵. A tal proposito, mette conto osservare che, nel caso della città metropolitana di Milano, la scelta è stata quella di affidare il servizio su base comunale. Nello specifico, la gestione del servizio di igiene urbana, di raccolta e smaltimento dei rifiuti su tutto il territorio pubblico cittadino è affidata ancora oggi alla società Amsa S.p.A.³⁵⁶. Guardando soprattutto ai dati diffusi dall'Istituto Superiore per la protezione e la ricerca ambientale (ISPRA), per quanto concernente la metropoli di Milano, il valore di produzione pro capite di rifiuti urbani si attesta a 445 Kg/abitante³⁵⁷, di cui ben il 68,9% intercettato dal ciclo della raccolta differenziata³⁵⁸ (percentuale che si posiziona notevolmente al di sopra della media nazionale che, al 2020, risulta essere del 50,5%). Bilancio positivo che, con ogni probabilità, deve ascrivere ad una concomitanza di fattori. Tra questi, l'introduzione del sistema di raccolta domiciliare, meglio noto con il nome di sistema "porta a porta"³⁵⁹, che ha permesso al Comune di Milano di raggiungere livelli più elevati di raccolta differenziata,

³⁵² Possibilità accordate ai sensi dell'art. 200, comma 7, del D.Lgs. 3 aprile 2006, n. 152 citato.

³⁵³ Legge regionale 12 dicembre 2003 n. 26 ("Disciplina dei servizi locali di interesse economico generale. Norme in materia di gestione dei rifiuti, di energia, di utilizzo del sottosuolo e di risorse idriche").

³⁵⁴ Legge regionale 8 luglio 2015, n. 19 ("Disciplina dei servizi locali di interesse economico generale. Norme in materia di gestione dei rifiuti, di energia, di utilizzo del sottosuolo e di risorse idriche").

³⁵⁵ In questo senso, cfr. art. 9, legge cit. n. 26/2003.

³⁵⁶ Società che gestisce i servizi di settore dalla data di relativa fondazione (1907). Storicamente titolata come S.P.A.I, Servizi Pubblici Anonima Italiana, quale municipalizzata del Comune di Milano, assume l'odierna denominazione a partire dal 1985, pur trattandosi ancora di un'azienda speciale del Comune, trasformata poi in S.p.A. agli inizi degli anni '90, con l'avvio dei processi di privatizzazione. Oggi, AMSA è una società interamente posseduta da A2A Ambiente S.p.A., gruppo di cui è entrata a far parte del 2008, quotato in borsa e del quale il Comune di Milano controlla il 25% del pacchetto azionario.

³⁵⁷ calcolato come rapporto tra produzione e popolazione totali dei comuni nell'anno di riferimento (2020); si v. i dati riportati nella tabella 2.16, a pagina 67 del Rapporto sui rifiuti urbani, 2021, ISPRA, sopra citato.

³⁵⁸ Con un trend in fortissima e costante crescita dal 2014 (49,9%), passando per il 2018 (58,8%). Si rinvia alla tabella 1.21, p. 49, Rapporto citato.

³⁵⁹ Adoperato da oltre il 70% dei comuni lombardi.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

assicurando una maggiore responsabilizzazione dell'utente accanto ad una evidente comodità nel conferimento delle frazioni in modo separato³⁶⁰. Accanto a ciò si segnala, altresì e più in generale in riferimento all'intera Regione Lombardia, l'ampia diffusione (già a partire dal 2008) delle attività di riciclaggio³⁶¹, anche mediante conferimento in appositi centri di raccolta, denominati "isole ecologiche". Dati siffatti impongono di essere letti in simbiosi ed in stretta correlazione con i numeri che descrivono i quantitativi totali di rifiuti smaltiti in discarica. Guardando sempre all'intera Lombardia³⁶², la Regione infatti non soltanto si mostra oggi perfettamente "compliant" con la normativa europea sulla gestione dei rifiuti – come noto improntata gerarchicamente e prioritariamente alla prevenzione, poi alla preparazione per il riutilizzo, quindi al riciclaggio, seguito dal recupero di altro tipo – ma è riuscita addirittura ad anticipare il conseguimento degli obiettivi di minimizzazione dello smaltimento in discarica auspicati dalla direttiva 850/2018/UE, in proiezione del 2035³⁶³. E difatti, l'operazione c.d. di smaltimento, configurabile unicamente come opzione ultima, involge il 4% dei rifiuti prodotti (ed il solo 1% nel caso di rifiuti derivanti da trattamento di quelli urbani³⁶⁴), grazie anche ad un cospicuo parco impiantistico³⁶⁵ e, nel contesto regionale anzidetto, è proprio la Provincia di Milano ad avere avviato a termovalorizzazione (e dunque a recupero energetico) la quantità più elevata di rifiuti³⁶⁶. La rete impiantistica regionale ha fatto sì che la Lombardia – e *in primis* il capoluogo milanese - riuscissero a garantirsi la più

³⁶⁰ La riflessione riprende gli spunti tratti da uno studio del gennaio 2016 dal titolo "Sostenibilità ambientale, la gestione dei rifiuti in Lombardia", redatto ed elaborato a cura della Regione Lombardia di concerto con l'Arpa competente e consultabile al link: https://www.regione.lombardia.it/wps/wcm/connect/e97b6ccf-a3ef-4ba2-a54f-d051315cb474/quaderno_rifiuti_142x210_hires.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ROOTWORKSPACE-e97b6ccf-a3ef-4ba2-a54f-d051315cb474-lastT9Q.

³⁶¹ Basti pensare che, come precisato da Grasso in un saggio del 2012, «*se al 2008... il territorio lombardo registrava la presenza di 389 Comuni che attuavano il riciclaggio, al 2009 invece se ne contano ben 446*». In tal senso si rinvia a, M.E. GRASSO, *Il modello lombardo di gestione dei rifiuti: tra autosufficienza, efficienza e sostenibilità* in *Confronti* 3/2012, p. 180

³⁶² Che si prefigge oggi di addivenire all'obiettivo "discarica zero".

³⁶³ Che, come già ricordato, ha modificato la direttiva 1999/31/CE, stabilendo all'art 5 che «*Gli Stati membri adottano le misure necessarie per assicurare che entro il 2035 la quantità di rifiuti urbani collocati in discarica sia ridotta al 10 %, o a una percentuale inferiore, del totale dei rifiuti urbani prodotti (per peso)*».

³⁶⁴ Con una riduzione percentuale pari addirittura al 16,6% rispetto al 2013 (e che nel 1999 era pari al 35,1%). Riduzione, quella richiamata, estremamente significativa se valutata in rapporto al fatto che parametrata su un arco temporale di un solo anno (2013-2014); cfr. con lo studio sopra citato "Sostenibilità ambientale, la gestione dei rifiuti in Lombardia". Sempre a questo proposito va inoltre segnalato il dato inerente alla quantità di rifiuti avviata al recupero di materia ed energia: risalendo emblematicamente all'ormai lontano dato del 2008 (che descrive una percentuale del 77,9%), al 2011 l'indice in questione ammontava già ad oltre l'81% della quantità di rifiuti complessivamente prodotti.

³⁶⁵ Cfr. Rapporto Rifiuti Urbani, Ed. 2019, ISPRA, p. 62. Complessivamente, il sistema impiantistico installato sul territorio lombardo risulta costituito da 13 termovalorizzatori, 8 impianti di trattamento meccanico, 9 discariche e oltre 70 impianti di compostaggio che garantiscono la valorizzazione del rifiuto in ogni sua forma (materia ed energia).

³⁶⁶ Esattamente 711,376 tonnellate. Dato acquisito mediante consultazione dello scritto di GRASSO, *Il modello lombardo di gestione dei rifiuti: tra autosufficienza, efficienza e sostenibilità*, Op. cit., p. 180.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

ampia autosufficienza per quanto concernente lo smaltimento dei rifiuti urbani ordinari prodotti sul proprio territorio, in linea del resto con quanto espressamente richiede l'art. 182-bis del T.U. ambiente³⁶⁷. Discorso a parte vale invece con riferimento alla seconda categoria di rifiuti (i c.d. speciali³⁶⁸) per i quali – in ragione delle relative peculiarità e intrinseche caratteristiche nonché dello specifico regime di responsabilità prescritta in capo al produttore nelle ipotesi di smaltimento – sono soggetti a regole di libera circolazione e, come tali, possono formare oggetto di recupero e smaltimento anche in impianti ubicati fuori Regione. Ciò spiega la ragion per cui sempre la Lombardia, la cui capacità di trattamento dei RS supera perfino le necessità manifestate dal territorio, tratta i conferimenti provenienti da altre Regioni italiane (tra cui, il Lazio). Al quadro organizzativo e gestionale Lombardo che, come descritto, si contraddistingue per efficienza e sostenibilità, fa da contraltare una spesa per famiglia³⁶⁹ considerevolmente al di sotto della media nazionale: 246 euro contro i 312 euro di copertura media nazionale³⁷⁰.

8. L'altro volto della gestione dei servizi di igiene urbana nel caso dell'omologa capitolina AMA S.p.A.: come il fine vita dei prodotti genera un'emergenza

Giunti a questa fase, oneri di completezza impongono che i dati sopra richiamati vengano posti a raffronto con gli omologhi ritraenti l'andamento del servizio di igiene urbana nel territorio Capitolino. Tuttavia, i numeri di per sé soli restituiscono una visuale asettica e imprecisa del fenomeno che deve perciò necessariamente misurarsi in relazione al contesto in cui si inserisce ed agli attori che vi operano. Nel caso romano, il gestore dell'intero ciclo dei rifiuti è Ama S.p.A. (acronimo di Azienda Municipale Ambiente) che, diversamente da Amsa, costituisce una municipalizzata³⁷¹ in quanto facente capo al Comune

³⁶⁷ A mente del quale lo smaltimento e il recupero devono essere attuati al fine di realizzare «l'autosufficienza nello smaltimento dei rifiuti urbani non pericolosi e dei rifiuti del loro trattamento in ambiti territoriali ottimali».

³⁶⁸ Come tali intendendosi i rifiuti derivanti da attività produttive di industrie ed aziende, gestiti e smaltiti da aziende autorizzate.

³⁶⁹ I dati riportati fanno riferimento alle indagini condotte dall'Osservatorio Prezzi e Tariffe di Cittadinanzattiva e riguardante tutti i capoluoghi di provincia italiani. L'indagine predetta viene effettuata «prendendo come riferimento una famiglia tipo composta da 3 persone, con un reddito lordo complessivo di 44.200 euro ed una casa di proprietà di 100 metri quadri». Completezza vuole che venga precisato che – se la media regionale si attesta al di sotto del costo medio nazionale – la tariffa rifiuti applicata nel capoluogo milanese (333 euro) è più elevata rispetto agli altri comuni Lombardi e rispetto quindi alla riferita media nazionale. Fonte cittadinanzaattiva – Osservatorio prezzi&tariffe, Novembre 2020.

³⁷⁰ Val la pena qui rammentare che la media regionale è calcolata sulla base del livello di copertura dei costi praticati nei diversi Comuni lombardi e individuati attraverso i proventi della tariffa rifiuti (c.d. TARI).

³⁷¹ Tipo societario che vide la luce per la prima volta con l'approvazione della lontana legge del 29 marzo del 1903, n. 103 (meglio nota come Legge Giolitti sulla municipalizzazione) con la quale vennero disciplinate organicamente le forme di gestione dei servizi pubblici locali e rimasta in vigore



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

di Roma, quale detentore del suo intero capitale sociale e che, a decorrere dal 2000³⁷², è stata trasformata in Società per Azioni unipersonale operante in forza di un affidamento diretto, secondo il sistema dell'*in house providing*³⁷³. Mutamento societario che – preme qui evidenziare – l'Amministrazione Capitolina ha inquadrato nel novero di quelle misure ed interventi atti a migliorare, sul piano della produttività e dell'efficienza, la gestione delle aziende speciali mediante l'avvio di processi di riorganizzazione e/o privatizzazione. Perciò, coerentemente con gli indirizzi manifestati dal Legislatore nazionale, l'aver optato per la forma delle società per azioni avrebbe dovuto garantire, tra l'altro, una maggiore caratterizzazione imprenditoriale e snellezza operativa nella gestione dei servizi; la possibilità di acquisire i servizi al di fuori del territorio comunale e di attuare strategie di ampliamento del bacino di utenza in ambiti territoriali ottimali e, non per ultima, una maggiore flessibilità nella acquisizione e gestione delle risorse finanziarie³⁷⁴. Sulla scorta di consimili premesse, appare evidente che la riforma costituisse proiezione di quell'ampio processo di efficientamento dei servizi pubblici locali avviato negli anni Novanta ed avente lo scopo di emancipare le aziende erogatrici dal legame che le avvinceva all'ente di riferimento, in guisa tale da addivenire ad una graduale, sempre maggiore, liberalizzazione del mercato di riferimento³⁷⁵. Senza dilungarsi nel merito di valutazioni che ineriscono propriamente agli aspetti societari – e pur sempre tenendo conto che i servizi offerti da Ama coprono oggi un'area che supera di circa 1.000 km² l'estensione dell'area servita invece da Ams³⁷⁶ – la conduzione del servizio di igiene urbana da parte dell'Azienda romana, negli ultimi due decenni, ha fatto tuttavia registrare un bilancio fortemente negativo in termini di raccolta e successivo smaltimento dei RU, connotandosi per gravi discontinuità e, talora, diffusi disservizi. La disfunzionalità della raccolta ed il progressivo e concomitante diffondersi di fenomeni di ammasso e abbandono incontrollato di rifiuti ha determinato

quasi per l'intero secolo scorso, sino a che la legge n. 142/1990 di riforma delle autonomie locali non ha introdotto la facoltà di trasformare le aziende in questione in società per azioni soggette, di conseguenza, al diritto privato ed alla tassazione in qualità di società a scopo di lucro seppur completamente pubbliche.

³⁷² A seguito di deliberazione n. 141 del 2 agosto 2000 del Consiglio Comunale, mantenendo ad ogni modo la gestione di una vasta gamma di servizi pubblici locali già affidati all'Azienda Speciale AMA (di cui, anche, la gestione del ciclo integrato dei rifiuti). Il servizio *de quo* è stato riaffidato inoltre ad AMA S.p.A. nel 2015, con scadenza 2029 (DAC 52/2015).

³⁷³ in questo caso, il socio unico Roma Capitale esercita la propria funzione di controllo analogo con procedure e poteri recentemente ridefiniti dall'Amministrazione Capitolina (DAC 27/2018 e DGCa 51/2019).

³⁷⁴ In proposito, si rimanda al testo della Deliberazione n. 141 del 2 agosto 2000, già citata.

³⁷⁵ La trasformazione in S.p.A. segna una svolta epocale nell'ottica del raggiungimento degli obiettivi di gestione dei rifiuti nel difficile territorio romano. Volendo riproporre le parole di L. RIGON, *I venti anni dell'Ama di Roma 1985-2005*, Franco Angeli, Milano, 2005, l'A. osserva, prendendo a riferimento la condizione in cui versava Ama S.p.A. a seguito dell'intervenuta trasformazione, osserva che l'Azienda è stata «la prima a effettuare il passaggio da tassa a tariffa rifiuti in un grande centro urbano, a migliorare la produttività pur incidendo sul costo del lavoro, la prima azienda di igiene urbana in Italia e tra le poche presenti in ambito internazionale».

³⁷⁶ Pari a 383 km² a fronte degli oltre 1.300 coperti da Ama S.p.A. (Fonti: amaroma.it e amsa.it).



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

conseguenze, per dimensione e diffusione, osservabili in gran parte del territorio cittadino, oltre a costituire «*un serio rischio per la salute legato alla proliferazione di germi e parassiti con la possibilità di diffusione di malattie infettive attraverso contatto diretto o indiretto [...]*»³⁷⁷ ed esporre i cittadini a fattori di disturbo e stress psicofisico per l'esposizione continua ad odori molesti³⁷⁸. La situazione, avente i crismi di una vera e propria emergenza, ha condotto nel luglio del 2019 il Presidente della Regione Lazio ad adottare un'ordinanza contingibile ed urgente³⁷⁹, per assicurare il ripristino della raccolta dei rifiuti di Roma Capitale³⁸⁰. Per avere uno stretto e immediato raffronto con i dati concernenti la metropoli di Milano, relativamente alla città di Roma il valore di produzione pro capite di rifiuti urbani è pari a 510 kg/ab (annui)³⁸¹; parallelamente, la percentuale di raccolta differenziata media si colloca addirittura al di sotto della media nazionale, registrando un valore del 50,4% contro, si ripropone, il 68,9% milanese. Contestualmente, la Regione Lazio (malgrado una consistente contrazione rispetto agli anni precedenti) riporta percentuali di smaltimento in discarica ancora notevolmente elevate (16% sul totale della produzione³⁸²). Trattasi, a ben vedere, di un ulteriore indicatore utile a monitorare efficacemente le modalità di gestione dei rifiuti urbani. In questo senso, l'analisi mostra pertanto dei valori completamente antitetici rispetto agli sviluppi che sarebbe lecito attendersi in vista del raggiungimento degli obiettivi incentivati dall'Unione Europea (quota inferiore al 10% entro il 2035). Frutto anche la scarsa capacità impiantistica del territorio laziale, si registra una forte tendenza al conferimento in aree extra regionali³⁸³ (quale, come detto, tra le altre, la stessa Lombardia). Basti pensare che la dotazione impiantistica di Ama (in funzione al 2019) constava solamente di un impianto di trattamento meccanico biologico della frazione indifferenziata, di un impianto di compostaggio e di due impianti di selezione del multimateriale leggero³⁸⁴. A tale quadro si

³⁷⁷ Cfr. Nota dell'ordine dei medici di Roma, datata 1° luglio 2019.

³⁷⁸ Come a più riprese segnalato dal servizio di igiene pubblica delle Aziende Sanitarie Locali.

³⁷⁹ Ai sensi dell'art. 191 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152.

³⁸⁰ Consultabile al seguente link: <https://amaroma.it/public/files/normativa/Ordinanza-Regione-LAZIO5lug2019.pdf>.

³⁸¹ Si rimanda sempre alla tabella 2.16 contenente dati di fonte ISPRA, del sopra cennato del Rapporto sui rifiuti urbani, 2021.

³⁸² Si consulti la tabella 3.5.4. del Report sui rifiuti 2021, riportata a p. 175 e contenente indicazione delle quantità di rifiuti urbani prodotti e smaltiti in discarica (tonnellate e percentuali), anno 2020.

³⁸³ Si registra, ad esempio, che i quantitativi inviati fuori dalla Regione Lazio nel 2018 hanno raggiunto circa 490 mila tonnellate, per una distanza media di 430 km. Come conferma, nel sito ufficiale, l'Agenzia per il Controllo e la qualità dei Servizi pubblici locali di Roma Capitale. Sempre a questo proposito, l'Agenzia rappresenta nella sua relazione del 2020, che «*la frazione più dipendente dalle esportazioni fuori regione, come si è detto, è l'organico, ma Roma non è del tutto autosufficiente neppure per il ciclo dei rifiuti indifferenziati [...]*» (cfr. figura 2.8, p. 36 della Relazione annuale 2020 in tema "Igiene Urbana" predisposta dall'ACoS di Roma e consultabile al link [igiene_urbana_finale.pdf](#)).

³⁸⁴ Si riporta quanto segnalato sempre dall'ACoS di Roma Capitale: «*a livello regionale, il deficit impiantistico più importante riguarda il trattamento delle frazioni organiche. A tale riguardo Ama nel febbraio 2018 ha presentato in Regione Lazio i progetti per realizzare due impianti di compostaggio, per una capacità di trattamento di 120 mila tonnellate/anno. Per quanto riguarda la necessaria*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

accompagna un dato di costo pro capite tra i più elevati, con il Comune di Roma che tocca i 257,1 euro/abitante³⁸⁵. Così brevemente illustrato il dettaglio dei risultati del servizio gestito da Ama S.p.A. è utile, a questo punto, tentare di indagare – preso atto altresì dell'esempio fornito da Amsa su Milano, purtuttavia con le dovute differenze dimensionali e di struttura urbanistica esistenti tra le due città metropolitane – quali possano essere i reali fattori e le strategie concretamente perseguibili e propulsive al miglioramento della gestione dei rifiuti nella Capitale. Malgrado una forte crescita delle percentuali di raccolta differenziata a partire soprattutto dal 2012, a seguito di una riorganizzazione del servizio, si deve render conto che occorre ripensare quanto prima, all'interno del Piano industriale aziendale, il ruolo della raccolta differenziata nella programmazione della chiusura del ciclo dei rifiuti. In questo senso, gioca un ruolo fondamentale l'estensione del metodo "porta a porta" tradizionale, come già avvenuto su Milano, stante anche la correlazione positiva riscontrata tra l'evoluzione della differenziata e l'incremento del ricorso ad una siffatta metodologia di raccolta³⁸⁶. Ove tale servizio non risultasse esportabile nel territorio di tutti i municipi di Roma in condizioni di economicità (come testimonia altresì il rallentamento della raccolta domiciliare, registratosi a partire dal 2016), sarebbe opportuno integrare il servizio prospettando un ritorno alla raccolta stradale purché nel contesto di una programmazione solida e in grado di riqualificare il servizio in un orizzonte temporale di medio-lungo termine. Lo stesso dicasi relativamente all'adeguamento del fabbisogno impiantistico. Come riportato dall'Agenzia per il Controllo e la qualità dei Servizi pubblici locali (ACoS) di Roma Capitale, «*la programmazione impiantistica per Roma (sia a livello comunale che regionale) da anni si basa su scenari prospettici di raccolta differenziata e riciclo non realistici e sovrastimati fin dall'inizio, con il risultato che gli impianti per la chiusura del ciclo a Roma sono insufficienti e inadeguati, creando difficoltà che riverberano negativamente sulla raccolta in città e che i cittadini pagano in termini di degrado e di maggiori costi economici ed ambientali*». La relazione in discorso ha il merito, inoltre, di aver proposto un confronto tra Roma e altre capitali europee, facendo osservare come Roma rispetto a città quali Parigi o Berlino «*raggiunga la più alta percentuale di raccolta differenziata, ma la percentuale stimata di effettivo riciclo è la più bassa*»³⁸⁷. Tutto quanto sopra descritto depone nel senso di imporre per il prossimo futuro un adeguamento dell'impiantistica agli effettivi flussi di rifiuti, verso l'obiettivo di un modello circolare ottimale. Sicché i progetti per la costruzione di nuovi impianti con le migliori tecnologie disponibili e la massimizzazione del recupero devono essere necessariamente valutati

discarica di servizio, dopo la chiusura di Malagrotta (30 settembre 2013), non è stato ancora designato un sito alternativo per i residui urbani di Roma Capitale».

³⁸⁵ Tabella 5.5. pagina 242 del Report, citato.

³⁸⁶ Utile è in questo senso la consultazione della tabella di cui alla figura 2.2. contenuta a pagina 30, della Relazione annuale 2020, citata.

³⁸⁷ Inoltre, aggiunge anche che «*l'urbe tratta in proprio solo il 15% dei rifiuti prodotti, contro il 99% di Berlino e il 95% di Parigi. Fra le destinazioni spicca il sottodimensionamento del recupero energetico, in buona parte sostituito dallo smaltimento dei residui di trattamento*» (p. 32, Rapporto citato).



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

all'interno di scenari prospettici «realizzabili e sostenibili»³⁸⁸, con l'obbligo da parte degli Ato del Lazio di assicurare il rispetto dei principi di autosufficienza e prossimità, imposti dalla normativa unionale e nazionale³⁸⁹. Obiettivo, quest'ultimo, per il cui raggiungimento già il Piano Regionale di Gestione dei Rifiuti (PRGR)³⁹⁰ guardava a (l'ormai giunto) 2022.

9. Procedure ad evidenza pubblica: un breve prontuario sulle *best practice* e sulle strategie di gara migliorative della qualità e competitività nel settore dei rifiuti

La parte conclusiva del presente studio è interamente dedicata ad un approfondimento circa i possibili meccanismi di gara e le *best practice* potenzialmente applicabili da parte delle Stazioni Appaltanti in vista dello scopo di rafforzare qualità e competitività nel settore dei rifiuti³⁹¹. Al fine di meglio contestualizzare quanto si dirà nel prosieguo del presente paragrafo, giova qui ricordare che con la locuzione "evidenza pubblica" si è soliti richiamarsi ad un insieme di procedure prodromiche a conformare secondo parametri oggettivi e predeterminati l'autonomia negoziale di cui gode la Pubblica Amministrazione nella scelta del contraente e nella determinazione del contenuto contrattuale. Senza indugiare oltre su aspetti notori, è di primario interesse porre attenzione sulla prima fase, ovvero quella della progettazione tecnica di una gara pubblica da parte del Comune. È di cruciale importanza che, lungo tale momento della procedura evidenziale³⁹², venga articolata un'analisi in merito alle caratteristiche territoriali dell'area oggetto di affidamento³⁹³ e alla consistenza qualitativa dei flussi di rifiuti che ivi sono raccolti³⁹⁴. I parametri così individuati producono intuibili ripercussioni "a valle", su scelte strettamente operative e attinenti al dimensionamento dei contenitori per la raccolta dei rifiuti e delle squadre a ciò preposte nonché sulla quantificazione dei costi del servizio³⁹⁵ e, di tutta conseguenza, sulla base d'asta. In difetto di una consimile, ragionata, ponderazione e programmazione "a monte" della gara – nell'erronea convinzione di poter riproporre le valutazioni occorse in occasione di gare precedenti – verrebbe ad essere minato il serio e concreto obiettivo di raggiungimento delle indicazioni formulate dall'Arera così come dei *target* di economia circolare di

³⁸⁸ Come il definisce il Rapporto ACoS 2020, p. 33.

³⁸⁹ Sul versante domestico, il riferimento è come noto ai già richiamati artt. 181, 182 e 182-bis del d.lgs. 152/2006 (T.U. ambiente).

³⁹⁰ Adottato con Deliberazione del Consiglio Regionale del 5 agosto 2020, n. 4, pubblicato sul Bollettino ufficiale n. 116 del 22/09/2020.

³⁹¹ L'intero paragrafo trae spunto dalle preziose e importanti riflessioni maturate nel contesto webinar organizzato da Anci Lombardia nell'ottobre del 2021, dal titolo "*Bandi di gara e regolazione dei rifiuti urbani: rinnovare e rafforzare qualità e competitività del settore*" e, in particolare, è ispirato alle proposte suggerite dall'intervento del Prof. Giorgio Ghiringhelli, avente a tema "*l'affidamento dei servizi di gestione integrata dei rifiuti urbani*".

³⁹² Nel corso del quale viene svolta, come si suol dire, una sorta di calendarizzazione della gara.

³⁹³ Valutazione che guarda ad un insieme eterogeneo di fattori quali, tra gli altri, la popolazione servita, la distribuzione degli insediamenti abitativi nell'area di riferimento e le distanze intercorrenti tra le sedi operative e gli impianti di destino dei rifiuti oggetto di raccolta.

³⁹⁴ In termini di composizione merceologica ma anche di efficienza della raccolta differenziata.

³⁹⁵ Tra cui, vi si include il costo degli automezzi, di personale ed il costo complessivo del servizio.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

derivazione eurounitaria. Altro elemento fondamentale involge l'introduzione, all'interno dell'affidamento, di elementi di *compliance* economico-finanziaria e tecnica con la Regolazione di ARERA. Ciò si traduce nella opportunità di mettere in gara le (cinque) attività che – come sopra già delineate – rientrerebbero nel perimetro regolatorio di ARERA. Opportunità che, è bene chiarire, assume carattere di mera raccomandazione rivolta alle Stazioni Appaltanti, ove si prenda atto che le attività che viceversa non soggiacciono alla regolazione dell'Autorità non confluiscono nel PEF; per cui, per le attività non regolate sarebbe viceversa consigliabile il ricorso a procedure di gara apposite. Sempre sul versante della *compliance* economico-finanziaria, altro tema controverso riguarderebbe la corretta quantificazione del corrispettivo da accordare all'appaltatore. Considerata la reciproca interrelazione esistente tra contratto stipulato con il gestore ed il metodo tariffario praticato in relazione ai rifiuti, sarebbe indispensabile interrogarsi sulla reale corrispondenza dei costi del gestore rispetto all'offerta da questi formulata. Valutazione che tuttavia si palesa oltremodo complessa, badando al fatto che postula l'esame di voci quali l'utile di impresa o il ribasso, non considerate nel MTR. Sul versante della *compliance* tecnica, preziose informazioni sulla qualità del servizio integrato di gestione dei rifiuti urbani sono acquisibili mediante consultazione di apposite raccolte dati avviate da Arera a partire dal 2018 e conclusesi nel 2020³⁹⁶. Le risultanze delle analisi hanno evidenziato quanto di seguito si ripropone. In primo luogo, l'esiguità della diffusione di indicatori di qualità contrattuale inerenti ai servizi di raccolta, trasporto e spazzamento delle strade a livello nazionale, con percentuali inferiori al 10%³⁹⁷ e, per le ipotesi di mancato rispetto di uno *standard* specifico di qualità, la ridotta applicazione di meccanismi di indennizzo a tutela dell'utente³⁹⁸. Di contro, pur in assenza di schemi di riferimento si è registrata una «discreta»³⁹⁹ diffusione della Carta dei servizi, ovverosia del documento che specifica i livelli di qualità attesi per i servizi erogati e le loro modalità di fruizione⁴⁰⁰. Tali elementi, valutati nel loro insieme, offrono chiara evidenza della (ancora) scarsa maturità del settore nel raggiungimento degli

³⁹⁶ Gli esiti del procedimento sono visionabili al link https://www.arera.it/relaz_ann/20/volume1 che riporta la Relazione Annuale di Arera "Stato dei servizi 2019", Vol. 1; in particolare, per quanto concernente i rifiuti, il riferimento è al Capitolo VI.

³⁹⁷ Percentuali maggiori di diffusione sono emerse nelle zone Nord-Est e Nord-Ovest rispetto al resto dell'Italia, facendo emergere ancora una volta una significativa disomogeneità tra le diverse aree del Paese in termini di prestazioni garantite dal gestore all'utente. Trattasi generalmente di standard, alcuni dei quali già introdotti in altri settori regolati dall'Autorità quali, «per esempio, il tempo di risposta ai reclami e alle richieste scritte di informazione e i tempi di attesa per i punti di contatto con gli utenti» (cfr. Relazione annuale, p. 471). Nel settore dei rifiuti vengono in rilievo altri indicatori specifici, come ad esempio il tempo per il ritiro dei rifiuti ingombranti.

³⁹⁸ Indennizzo che, si rende opportuno precisare, costituisce il ristoro dovuto dal gestore all'utente in caso di condotte non adempitive di uno *standard* specifico di qualità.

³⁹⁹ Il che tradotto in termini percentuali inerisce al fatto che la Carta in questione, relativamente al campione analizzato, è risultata essere stata «adottata nel 35% delle gestioni del panel (Fig. 6.19), equivalente al 37% della popolazione nazionale»; si v. p. 463.

⁴⁰⁰ «includere le regole di relazione tra utenti e gestore del servizio integrato di gestione dei rifiuti urbani, ovvero dei singoli servizi che lo compongono». Ivi, p. 462.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

obiettivi di *compliance* tecnica con la regolazione dell'Autorità, indispensabile per allineare la qualità del servizio attesa e stimata in sede di redazione del bando di gara e l'effettiva efficienza mostrata dal gestore in corso di esecuzione. Un tassello ulteriore che riveste un notevole peso nell'ambito del processo di predisposizione degli atti di gara da parte della Stazione Appaltante afferisce alla definizione dei criteri di aggiudicazione. Orbene, l'elaborazione di sistemi di valutazione delle offerte esige che la SA – tenuto conto della struttura e delle peculiarità del settore – in via preliminare, metta a punto il peso da attribuire a ciascun criterio, avendo cura non soltanto degli aspetti prettamente economici ma anche di quelli riguardanti la qualità del servizio contrattualizzato. Ciò implica che la documentazione di gara debba realizzare un'equa combinazione delle condizioni tecniche ed economiche talché siano garantiti, in maniera concomitante, livelli ottimali di concorrenza e contenimento dei costi assieme ad un miglioramento dei livelli qualitativi del servizio oggetto di appalto. A tal proposito, per l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani e per il servizio di pulizia e spazzamento rivestono un ruolo cardine nell'offerta tecnica i CAM⁴⁰¹, utilizzabili, si badi, solo se l'appalto è aggiudicato con la forma dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In tali ipotesi, gli anzidetti criteri di sostenibilità ambientale e di risparmio energetico devono difatti essere introdotti all'interno della *lex specialis*, andando a incidere, rispettivamente, in relazione al c.d. *what to buy* (definizione dell'oggetto e ossia delle specifiche tecniche del prodotto o servizio); in relazione al soggetto dal quale la Pubblica Amministrazione compra un dato prodotto e/o servizio⁴⁰² e, come anticipato, in relazione agli stessi criteri di aggiudicazione dell'appalto⁴⁰³. Ebbene, nel caso specifico dei rifiuti, detti criteri – menzionati all'interno del Piano d'azione nazionale sul *Green Public Procurement* (PANGPP) – sono “di base” allorquando riguardino ad esempio il fatto che i candidati ammessi alla gara debbano impiegare personale in possesso di competenze tecniche necessarie e automezzi per la raccolta e il trasporto⁴⁰⁴ atti a

⁴⁰¹ Cui è dedicato, com'è noto, l'art. 34 del Codice (come modificato dal Correttivo) e rubricato “*Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*”, che al secondo comma li definisce quali criteri il cui inserimento nella documentazione progettuale e di gara contribuisce al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione. Invero, trattasi di requisiti minimi essenziali adottati con decreto del MATTM e diretti non a sostituire ma ad integrare le norme di settore. Infatti, dal momento che essi sono finalizzati a promuovere una maggiore sostenibilità degli acquisti pubblici, «*definiscono caratteristiche, prestazioni e condizioni superiori a quelle prescritte dalle leggi e dalle norme nazionali vigenti*».

⁴⁰² Per quanto concernente la qualificazione dell'offerente e in particolare il possesso di certificazione ambientale, quale tra le altre la c.d. EMAS (*Eco-management and Audit Scheme*).

⁴⁰³ Per una disamina più approfondita in materia di “contratti verdi” e sulle esigenze che sottostanno alla definizione dei criteri ambientali minimi si rinvia a r. F. DE LEONARDIS, *Criteri di sostenibilità energetica e ambientale*, in M.A SANDULLI-R. DE NICTOLIS (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Giuffrè, Milano, 2019, PP. 167 e ss.

⁴⁰⁴ In quanto elettrici, ibridi o alimentati a metano o gpl oppure in quanto aventi motorizzazione non inferiore ad Euro 5. Nel qual caso, tra le specifiche tecniche, la SA inserirà che almeno il 30% (in numero) degli automezzi impiegati dall'appaltatore, nell'ambito dello svolgimento del contratto, dovrà rispettare dette condizioni per la raccolta e il trasporto dei rifiuti.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

realizzare correttamente il servizio riducendone gli impatti ambientali ovvero la circostanza che gli offerenti abbiano condotto campagne di sensibilizzazione di utenti e studenti sufficientemente capillari ed efficaci, ed assumere carattere “premiante” al verificarsi di determinate condizioni⁴⁰⁵. I criteri, così declinati, appaiono pertanto intimamente connessi al raggiungimento di una serie di obiettivi che le Amministrazioni comunali sono tenute a perseguire nell’ambito delle procedure di gara. Tra questi figurano la prevenzione della produzione e della nocività dei rifiuti⁴⁰⁶; una più marcata incentivazione al “riutilizzo” dei beni prodotti ed inoltre l’aumento della quantità e qualità delle singole frazioni di rifiuti raccolte, quale condizione per favorirne il riciclaggio. Ultimi aspetti da tenere in considerazione laddove si voglia incoraggiare l’impiego e la diffusione di *best practice* nell’affidamento dei servizi di igiene urbana riguardano la durata degli appalti, quale punto di partenza per garantire un buon “ricambio” tra le offerte e i sistemi di controllo e monitoraggio delle *performance*. Anzitutto, la durata deve logicamente misurarsi in relazione ad intervalli di tempo che siano coerenti con l’ammortamento degli investimenti effettuati dal gestore (c.d. vita utile regolatoria)⁴⁰⁷, tenendo conto che – in caso di subentro di un nuovo gestore nell’ambito di affidamento del servizio (c.d. avvicendamento gestionale) – il gestore subentrante deve corrispondere a quello uscente il c.d. valore residuo di subentro (VRS)⁴⁰⁸. Da ultimo, invece, la misurazione delle *performance* da parte dell’Appaltatore, utile all’Ente territorialmente competente per dotarsi di un parametro costante di valutazione dell’efficiente svolgimento delle prestazioni contrattuali, è resa possibile tramite sistemi di tracciamento delle autorizzazioni da cui prende avvio la filiera del rifiuto, così come mediante la mappatura e la conseguente prevenzione di infortuni. L’implementazione di consimili sistemi è stata agevolata, tra l’altro, da ARERA con l’introduzione di una serie di obblighi in capo al gestore del servizio, quale «*quello di predisporre un registro, disponibile su apposito supporto informatico, sul quale riportare le informazioni e i dati concernenti le richieste di prestazioni soggette a livelli generali di qualità*», così come, allo scopo di semplificare il processo di comunicazione dei dati, dell’ulteriore obbligo «*di comunicare all’Autorità e all’ETC, il set di dati inerenti agli indicatori di qualità per ciascuna gestione, analogamente a quanto avviene nell’ambito della regolazione della qualità contrattuale del*

⁴⁰⁵ Sul punto, si rimanda al menzionato Piano d’azione nazionale sul *Green Public Procurement* (PANGPP) pubblicato in G.U. dell’11 marzo 2014 e consultabile al link: www.mite.gov.it/GPP_CAM_Rifiuti.pdf.

⁴⁰⁶ In linea con quanto previsto dall’art. 180, comma 1, D.lgs. 152/2006.

⁴⁰⁷ Valutazione bipartita a seconda che il gestore sia o meno integrato. Nel primo caso il recupero dell’investimento raggiunge un arco di tempo decennale; viceversa in caso di gestore non integrato, i tempi di recupero ammontano a 5-8 anni. Preme qui rammentare che ai sensi dell’art. 200, comma 1, lett. a) del T.U. si definisce integrata la gestione che ricomprenda al suo interno quell’insieme di attività, come definite all’art. 183, comma 1, lett. g) e comprendenti anche la realizzazione degli impianti, le quali devono essere svolte da un unico soggetto (con investimenti a carico dello stesso).

⁴⁰⁸ Secondo l’orientamento espresso nella già più volte richiamata Delibera n. 282/2021/R/Rif dalla stessa ARERA, nel calcolo del nuovo MTR.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

il servizio idrico integrato»⁴⁰⁹.

⁴⁰⁹ *Ibidem.*



Il conferimento dell'incarico di Responsabile di Posizione Organizzativa, nei comuni privi di dirigenza, ad un dipendente in quiescenza di categoria D.

di Pasquale Iorio*

28 marzo 2022

Sommario: 1. Cenni introduttivi. – 2. Quadro normativo di riferimento. – 3. La titolarità della posizione organizzativa nei comuni privi di dirigenza. – 4. Le difficoltà di reclutamento del personale nei Comuni medio-piccoli. – 5. La delicata questione del limite d'età. – 6. I limiti operativi dell'incarico. – 7. L'iter amministrativo di conferimento dell'incarico. – 8. L'eventuale rimborso delle spese. – 9. L'esenzione dell'obbligo di osservanza dell'orario d'ufficio. – 10. Il disciplinare d'incarico. – 11. La stipula della polizza assicurativa – 12. Il decreto sindacale di attribuzione dell'incarico. – 13. Osservazioni conclusive.

Abstract: A fronte della sempre più complessa attuazione del cosiddetto «effetto staffetta» e della costante carenza di personale, è divenuta passi comune nelle amministrazioni locali conferire incarichi direttivi a dipendenti in pensione, a titolo gratuito per un anno. Questo permette di sostituire immediatamente ex dipendenti di categoria D e garantire, in tal modo, un efficace passaggio di consegne o, più semplicemente, colmare i vuoti creati in ruoli centrali nella gestione dell'Ente. Dopo un'ampia ricostruzione normativa, il presente elaborato analizza l'intero procedimento amministrativo di nomina e, alla luce delle ultime interpretazioni giurisprudenziali, pone un focus sui limiti operativi della Posizione Organizzativa con lo status di pensionato.

In the face of the increasingly complex implementation of the so-called “relay effect” and the constant shortage of staff, it has become common steps in local governments to award management positions to retired employees, free of charge for one year. This makes it possible to immediately replace former D-category employees and thus ensure an effective handover or, more simply, to fill gaps created in central roles in the management of the Authority. After an extensive regulatory reconstruction, this paper analyzes the entire administrative appointment process and, in light of the latest jurisprudential interpretations, focuses on the operational limits of the Organizational Position with retired status.

1. Cenni introduttivi

A fronte della sempre più complessa attuazione del cosiddetto «effetto staffetta» e

* Responsabile del procedimento di Ente Locale - Abilitato all'esercizio della professione di Avvocato Perfezionato in “Amministrazione e Finanza degli Enti Locali” presso l'Università degli Studi di Napoli “Federico II”.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

della cronica carenza di personale è prassi oramai diffusa, nelle amministrazioni locali, conferire incarichi direttivi a personale in quiescenza, per un anno e a titolo gratuito, al fine di poter disporre immediate sostituzioni di ex dipendenti di categoria D, onde garantire un ottimale passaggio di consegne o, più semplicemente, colmare - per un tempo breve - il vuoto d'organico venutosi a creare in quelle funzioni che rappresentano un ruolo centrale nel governo dell'Ente.

Per ben comprendere questo punto di arrivo è necessario volgere lo sguardo al nastro di partenza. La *ratio* di tale scelta è duplice. Da un lato evitare di perdere la possibilità di utilizzare le consolidate professionalità di livello apicale dei soggetti collocati a riposo. Dall'altro consentire la trasmissione delle conoscenze tecniche, delle esperienze e delle competenze acquisite dal personale fuori ruolo, evitando aggravii di spese legati ad incarichi onerosi, garantendo la continuità della direzione degli uffici e il buon funzionamento degli stessi nelle more dell'indizione - e della conclusione - della procedura finalizzata all'assunzione di nuovo personale.

Il contributo, ricostruito l'impianto normativo di riferimento, si propone di far chiarezza sull'iter amministrativo finalizzato alla nomina e sui limiti operativi della P.O. con lo *status* di pensionato, ipotesi di carattere eccezionale, anche alla luce delle recenti interpretazioni della giurisprudenza amministrativa, civile e contabile.

2. Quadro normativo di riferimento

Principiando dall'itinerario normativo ed interpretativo occorre concentrare l'attenzione sull'art. 5, comma 9, del decreto-legge n.95/2012⁴¹⁰. Secondo la lettura della norma «è fatto divieto alle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2011 [...] di attribuire incarichi di studio e di consulenza a soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza. Alle suddette amministrazioni è, altresì, fatto divieto di conferire ai medesimi soggetti incarichi dirigenziali o direttivi [...]. Gli incarichi, le cariche e le collaborazioni di cui ai periodi precedenti sono comunque consentiti a titolo gratuito. Per i soli incarichi dirigenziali e direttivi, ferma restando la gratuità, la durata non può essere superiore a un anno, non prorogabile né rinnovabile, presso ciascuna amministrazione. Devono essere rendicontati eventuali rimborsi di spese, corrisposti nei limiti fissati dall'organo competente dell'amministrazione interessata [...]».

In termini generali, come evidenziato dai giudici della Corte dei Conti, «la norma vieta alle pubbliche amministrazioni di attribuire a soggetti già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza incarichi di studio e di consulenza, incarichi dirigenziali o direttivi e cariche in organi di governo delle amministrazioni o degli enti e società controllati.

⁴¹⁰ Convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 135/2012 e poi modificato dall'art. 17, comma 3, della Legge n. 124/2015.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Tuttavia, il divieto non è assoluto, stante la possibilità di consentire l'attribuzione a titolo gratuito e, per i soli incarichi dirigenziali e direttivi, l'obbligo di inserire un limite di durata di un anno, vietando sia la proroga che il rinnovo, ferma restando, comunque, la gratuità. La ratio di tale divieto risiede nella scelta legislativa di conseguire un duplice obiettivo: favorire il ricambio generazionale nella pubblica amministrazione e, più in generale, supportare l'inserimento nel mondo del lavoro dei giovani nonché conseguire risparmi di spesa, evitando di corrispondere la retribuzione a un soggetto che già gode del trattamento di quiescenza»⁴¹¹.

Sotto quest'ultimo aspetto la Corte Costituzionale, con sentenza n. 124/2017, resa con riferimento ad altre disposizioni legislative, non ha mancato di rimarcare che, benché il ricorso a professionalità particolarmente qualificate che già fruiscono di un trattamento pensionistico possa corrispondere ad un rilevante interesse pubblico, «[...] il carattere limitato delle risorse pubbliche giustifica la necessità di una predeterminazione complessiva - e modellata su un parametro prevedibile e certo - delle risorse che l'amministrazione può corrispondere a titolo di retribuzioni e pensioni. Tale ratio ispira, del resto, anche le disposizioni dell'art. 5, comma 9, del decreto-legge n. 95 del 2012, che vietano l'attribuzione di incarichi di studio o di consulenza ai lavoratori pubblici o privati collocati in quiescenza e a tali lavoratori consente di ricoprire incarichi dirigenziali o direttivi o in organi di governo delle amministrazioni solo a titolo gratuito»⁴¹².

Le argomentazioni contenute nella menzionata sentenza della Corte Costituzionale sono state riprese e sviluppate non solo dalla giurisprudenza contabile, ma anche da quella amministrativa, che ha costantemente messo in risalto il *favor* per l'occupazione giovanile ad esso sotteso reputando che «il legislatore ha così introdotto limitazioni al conferimento di incarichi di studio, di consulenza, dirigenziali, direttivi o cariche in organi di governo a soggetti, già lavoratori privati o pubblici collocati in quiescenza, con l'obiettivo di agevolare il ricambio generazionale [...] nelle pubbliche amministrazioni e conseguire risparmi di spesa. Tali incarichi sono consentiti a titolo gratuito con una limitazione temporale per un anno per quelli dirigenziali o direttivi e in tutti gli altri casi senza limiti di tempo [...]»⁴¹³.

Il limite temporale vuole contenere il fenomeno del *revolving doors*⁴¹⁴ che indica la facilità con cui si entra e si esce dalla pubblica amministrazione attraverso la possibilità di stipulare dei contratti con soggetti che avevano già raggiunto l'età pensionabile.

La norma è stata oggetto, altresì, di apposite circolari interpretative della Presidenza del Consiglio dei Ministri che si sono soffermate su diverse questioni relative all'esatta delimitazione del suo ambito applicativo.

⁴¹¹ Cfr. Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Lombardia, 18 dicembre 2020, deliberazione n. 178/2020/PAR.

⁴¹² Cfr. Corte Costituzionale, 26 maggio 2017, sentenza n. 124 pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 22 del 31 maggio 2017.

⁴¹³ Cfr. Consiglio di Stato, sez. I, 04 febbraio 2020, parere 309.

⁴¹⁴ Cd. *porte girevoli*.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

La circolare del Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione n. 6 del 04.12.2014⁴¹⁵, al paragrafo sesto, evidenzia a chiare lettere che *«la disposizione serve a consentire alle amministrazioni di avvalersi temporaneamente, senza rinunciare agli obiettivi di ricambio e ringiovanimento ai vertici, di personale in quiescenza - e, in particolare, dei propri dipendenti che vi siano stati appena collocati - per assicurare il trasferimento delle competenze e delle esperienze e la continuità nella direzione degli uffici»*.

La successiva circolare n. 4 del 10.11.2015⁴¹⁶, al paragrafo quinto, specifica poi che *«gli incarichi, le cariche e le collaborazioni a titolo gratuito, con il limite annuali per incarichi dirigenziali e direttivi, possono essere conferiti a soggetti in quiescenza indipendentemente dalle finalità e quindi anche al di fuori dell'ipotesi di affiancamento al nuovo titolare dell'incarico»*.

Da ultimo è intervenuto anche il parere della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della Funzione pubblica, n. DFP-0081269-P-18/12/2020 il quale *«ricorda che il menzionato articolo 5, comma 91, prevede il divieto per le pubbliche amministrazioni di conferire incarichi direttivi, dirigenziali, cariche in organi di governo, incarichi di studio o consulenza, a pensionati, già lavoratori pubblici o privati. Tale divieto non si configura come assoluto, in quanto è fatta salva la possibilità di conferire tali incarichi o cariche a titolo gratuito e, con specifico riguardo agli incarichi direttivi e dirigenziali, con il limite annuale»*.

La norma in esame, accanto alla finalità di favorire il ricambio generazionale nella pubblica amministrazione è proiettata, prioritariamente, a conseguire risparmi di spesa, nell'ottica, in termini generali, di garantire gli equilibri di bilancio di cui all'art.81⁴¹⁷ della Costituzione ed il rispetto degli obblighi di matrice comunitaria.

3. La titolarità della Posizione Organizzativa nei comuni privi di Dirigenza

⁴¹⁵ Recante la *«Interpretazione e applicazione dell'articolo 5, comma 9, del decreto-legge n. 95 del 2012, come modificato dall'articolo 6 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90»*.

⁴¹⁶ Relativa alla *«Interpretazione e applicazione dell'art. 5, comma 9, del DECRETO-LEGGE n. 95/2012, come modificato dall'art. 17, comma 3, della Legge n. 124/2015. Integrazione della circolare del Ministro per la Semplificazione n. 6/2014»*.

⁴¹⁷ *«Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali. Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte. Le Camere ogni anno approvano con legge il bilancio e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo. L'esercizio provvisorio del bilancio non può essere concesso se non per legge e per periodi non superiori complessivamente a quattro mesi. Il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale»*.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Negli Enti ove mancano le figure dirigenziali una funzione di rilevante importanza è assunta dai dipendenti di categoria D titolari di posizione organizzativa che, nella loro qualità di apicali di settore, rappresentano il punto fondamentale dell'azione amministrativa che si esplica attraverso l'attuazione dei programmi, l'adozione dei provvedimenti, la gestione delle risorse umane, finanziarie e materiali.

Questo *status* dirigenziale è delineato dall'art. 107 del D.Lgs. n. 267/2000⁴¹⁸ a rigore del quale spetta al personale di categoria apicale la direzione degli uffici e dei servizi in linea con i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti. A loro è attribuita la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica attraverso autonomi poteri di spesa⁴¹⁹, nonché l'organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Ai dirigenti spettano, poi, tutti i compiti - compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno - non menzionati espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente, o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale. In altre parole al personale apicale sono attribuiti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con atti di indirizzo adottati dall'organo esecutivo. A titolo meramente esemplificativo si richiamano: le presidenze delle commissioni di gara e di concorso, la responsabilità delle procedure, la stipulazione dei contratti; gli atti di gestione finanziaria (ivi compresa l'assunzione di impegni di spesa), gli atti di amministrazione e gestione del personale, i provvedimenti di autorizzazione o concessione (il cui rilascio presupponga accertamenti e valutazioni, anche di natura discrezionale, nel rispetto di criteri predeterminati dalla legge, dai regolamenti, da atti generali di indirizzo), i provvedimenti di sospensione dei lavori, abbattimento e riduzione in pristino di competenza comunale, nonché i poteri di vigilanza edilizia e di irrogazione delle sanzioni amministrative previsti dalla vigente legislazione in materia di prevenzione e repressione dell'abusivismo edilizio. Rientrano nella sfera delle competenze, altresì, le attestazioni, le certificazioni, le comunicazioni, le diffide, i verbali, le autenticazioni, le legalizzazioni ed ogni altro atto costituente manifestazione di giudizio e di conoscenza. A questi si aggiungono, infine, gli atti ad essi attribuiti dallo statuto e dai regolamenti o, in base a questi, delegati dal sindaco.

Queste attribuzioni - in applicazione del principio di cui all'articolo 1, comma 4⁴²⁰, del Testo Unico degli Enti Locali - possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative.

Per quanto detto sin qui i dirigenti sono direttamente responsabili, in via esclusiva, in relazione agli obiettivi dell'ente, della correttezza amministrativa, della efficienza e dei

⁴¹⁸ CARPINO R., *Testo unico degli Enti locali commentato*, Maggioli Editore, Sant'Arcangelo di Romagna (Rn), 2018.

⁴¹⁹ USAI S., *Il responsabile di servizio e il PEG dopo l'armonizzazione contabile*, Maggioli Editore, Sant'Arcangelo di Romagna (Rn), 2015.

⁴²⁰ «Ai sensi dell'articolo 128 della Costituzione le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe al presente testo unico se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni».



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

risultati della gestione.

Il conferimento di una p.o. non comporta l'inquadramento in una nuova posizione categoriale contrattuale, ma unicamente l'attribuzione di un ruolo di responsabilità, con correlato beneficio economico, a fronte di funzioni strategiche e di alta professionalità.

L'individuazione della persona idonea a ricoprire tale ruolo viene effettuata, generalmente, attuando il criterio della competenza professionale e tenendo in debita evidenza le caratteristiche dell'azione di governo da predisporre.

Molto inciderà l'esperienza lavorativa maturata in quelle posizioni di lavoro che richiedono un significativo grado di autonomia gestionale e organizzativa. Così come una parte significativa sarà ritagliata dalla preparazione culturale correlata a titoli accademici (laurea, master e dottorati di ricerca) relativi alle materie concernenti l'incarico. Ampio spazio, infine, sarà lasciato alle attitudini di carattere individuale e alle capacità professionali specifiche in relazione alle funzioni spiccatamente gestionali da conferire.

A tenore dell'art. 50, comma 10, del D.Lgs. n. 267/2000 «*il sindaco e il presidente della provincia nominano i responsabili degli uffici e dei servizi, attribuiscono e definiscono gli incarichi dirigenziali e quelli di collaborazione esterna secondo le modalità ed i criteri stabiliti dagli articoli 109 e 110, nonché dai rispettivi statuti e regolamenti comunali e provinciali*». Tale norma è riferita al personale della categoria D⁴²¹.

L'art. 13 del vigente del C.C.N.L. Funzioni Locali del 21.5.2018 stabilisce che gli enti istituiscono posizioni di lavoro che richiedono - con assunzione diretta di elevata responsabilità di prodotto e di risultato - funzioni di direzione di unità organizzative di particolare complessità, con un elevato grado di autonomia gestionale e organizzativa. Tali incarichi sono caratterizzati dallo svolgimento di attività con contenuti di alta professionalità, comprese quelle comportanti anche l'iscrizione ad albi professionali, richiedenti una alta competenza specialistica acquisita attraverso titoli formali di livello universitario o attraverso consolidate e rilevanti esperienze lavorative in posizioni apicali. Tali posizioni possono essere assegnate esclusivamente a dipendenti classificati nella categoria D, per effetto di un incarico a termine. Nel caso in cui gli enti siano privi di posizioni di categoria D, è possibile l'estensione alle categorie C o, addirittura, B.

Sul conferimento e la revoca si sofferma poi il successivo art. 14, a mente del quale, l'attribuzione della posizione organizzativa è operata dal dirigenti⁴²² con atto scritto e

⁴²¹ A mente dell'art. 52, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 il personale non appartenente alla categoria D, a fronte di obiettive esigenze di servizio, «*può essere adibito a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore [...] nel caso di vacanza di posto in organico per non più di sei mesi, prorogabili fino a dodici qualora siano state avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti [...] e nel caso di sostituzione di altro dipendente assente con diritto alla conservazione del posto, con esclusione dell'assenza per ferie, per la durata dell'assenza*».

⁴²² Ai sensi dell'art. 109, comma 2, del D.Lgs. n. 267/2000 «*Nei comuni privi di personale di qualifica dirigenziale le funzioni di cui all'articolo 107, commi 2 e 3, fatta salva l'applicazione dell'articolo 97, comma 4, lettera d), possono essere attribuite, a seguito di provvedimento motivato del sindaco, ai responsabili degli uffici o dei servizi, indipendentemente dalla loro qualifica funzionale, anche in deroga a ogni diversa disposizione*».



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

motivato - per un periodo che non può superare i tre anni - previa determinazione di criteri generali. È riconosciuta la possibilità di rinnovarli con le medesime formalità. Nella fase di nomina gli enti tengono conto, rispetto alle funzioni ed attività da svolgere, della natura e caratteristiche dei programmi da realizzare, dei requisiti culturali posseduti, delle attitudini e della capacità professionale ed esperienza acquisiti dal personale della categoria D.

Resta inteso che gli incarichi possono essere revocati prima della scadenza, sempre con atto scritto e motivato, in relazione a intervenuti mutamenti organizzativi o in conseguenza di valutazione negativa della performance individuale. I risultati delle attività svolte dai dipendenti cui siano stati attribuiti gli incarichi sono, infatti, soggetti a valutazione annuale in base al sistema a tal fine adottato dall'ente. L'esito positivo dà anche titolo alla corresponsione della retribuzione di risultato.

Gli enti, prima di procedere alla definitiva formalizzazione di una valutazione non positiva, acquisiscono in contraddittorio, le valutazioni del dipendente interessato anche assistito dalla organizzazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato, o da persona di sua fiducia.

La stessa procedura di contraddittorio vale anche per la revoca anticipata dell'incarico. In questo ultimo caso si registra la perdita della retribuzione. Il dipendente, anche se appare superfluo evidenziarlo, resta inquadrato nel profilo e nella categoria di appartenenza.

All'incaricato di posizione organizzativa, che è soggetto alla modalità ordinaria di rilevazione delle presenze, non è estesa la disposizione - prevista per i dirigenti - a tenore della quale il lavoratore presta la propria opera per il tempo necessario al raggiungimento degli obiettivi fissati.

La vigente disciplina contrattuale, in relazione ai titolari di p.o., si limita a stabilire la durata minima della prestazione lavorativa settimanale in 36 ore e non anche quella massima che sarà - invece - collegata, genericamente e dinamicamente, alla rilevanza ed alle effettive necessità delle funzioni da svolgere.

Può essere concessa, su richiesta, la flessibilità⁴²³ necessaria nella gestione del tempo

⁴²³ Sul punto si richiamano gli artt. 22 (comma 4, lettera a) e 27 del vigente del C.C.N.L. Funzioni Locali del 21.5.2018. Art. 22, comma 4, lettera a): «orario flessibile: si realizza con la previsione di fasce temporali entro le quali sono consentiti l'inizio ed il termine della prestazione lavorativa giornaliera, secondo quanto previsto all'art. 27». Art. 27: «Nel quadro delle modalità dirette a conseguire una maggiore conciliazione tra vita lavorativa e vita familiare, l'orario flessibile giornaliero consiste nell'individuazione di fasce temporali di flessibilità in entrata ed in uscita. Compatibilmente con le esigenze di servizio, il dipendente può avvalersi di entrambe le facoltà nell'ambito della medesima giornata. Nella definizione di tale tipologia di orario, occorre tener conto sia delle esigenze organizzative e funzionali degli uffici sia delle eventuali esigenze del personale, anche in relazione alle dimensioni del centro urbano ove è ubicata la sede di lavoro. L'eventuale debito orario derivante dall'applicazione del comma 1, deve essere recuperato nell'ambito del mese di maturazione dello stesso, secondo le modalità e i tempi concordati con il dirigente. In relazione a particolari situazioni personali, sociali o familiari, sono favoriti nell'utilizzo dell'orario flessibile, anche con forme di flessibilità ulteriori rispetto al regime orario adottato dall'ufficio di appartenenza, compatibilmente con le esigenze di servizio e su loro richiesta, i dipendenti che: - beneficino delle tutele connesse alla maternità o paternità di cui al D.Lgs. n. 151/2001; - assistano familiari portatori



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

di lavoro⁴²⁴, idonea al raggiungimento degli obiettivi assegnati, fermo restando il limite minimo di 36 ore medie settimanali da computarsi in relazione all'anno solare. Non sono retribuite le eventuali prestazioni ulteriori⁴²⁵ che gli interessati potrebbero aver effettuato, e che neppure danno titolo o diritto ad eventuali recuperi compensativi, in relazione all'incarico affidato. «Essendo vietata la corresponsione del compenso per lavoro straordinario, deve ritenersi vietata anche l'applicazione di istituti sostitutivi di detto compenso. Pertanto, le eventuali maggiori prestazioni rese oltre il normale orario d'obbligo settimanale non danno in alcun caso titolo a corrispondenti riposi compensativi. [...] neppure nel caso di prestazione resa in giornata festiva infrasettimanale. A tali regole, fa eccezione solo il caso della prestazione lavorativa resa nel giorno del riposo settimanale, in considerazione della tutela costituzionale, legale e contrattuale apprestata per tale riposo; in presenza di questa particolare fattispecie, il titolare di posizione organizzativa avrà diritto comunque a fruire di una giornata di riposo settimanale, che potrà, dunque, essere recuperata secondo modalità da concordare con il dirigente, in modo comunque proporzionato alla durata delle prestazioni rese»⁴²⁶.

4. Le difficoltà di reclutamento del personale nei Comuni medio-piccoli

Non è estranea al tema la profonda modifica delle procedure di determinazione delle capacità assunzionali che hanno fatto registrare il superamento delle regole basate sul principio del *turn-over* introducendo un sistema di calcolo basato sulla sostenibilità finanziaria della spesa del personale⁴²⁷.

di handicap ai sensi della legge n. 104/1992; - siano inseriti in progetti terapeutici di recupero di cui all'art. 44; - si trovino in situazione di necessità connesse alla frequenza dei propri figli di asili nido, scuole materne e scuole primarie; - siano impegnati in attività di volontariato in base alle disposizioni di legge vigenti».

⁴²⁴ A mero titolo esemplificativo i titolari di posizione organizzativa per poter posticipare l'entrata in servizio devono ricorrere all'istituto contrattuale previsto del permesso breve qualora questa possibilità non rientri nelle fasce di flessibilità stabilite dall'ente.

⁴²⁵ Ai sensi dell'art. 15 del vigente C.C.N.L. Funzioni Locali «Il trattamento economico accessorio del personale della categoria D titolare delle posizioni [...] assorbe tutte le competenze accessorie e le indennità previste dal contratto collettivo nazionale, compreso il compenso per il lavoro straordinario». L'orientamento applicativo ARAN n. RAL620 del 05.06.2011 chiarisce poi che «è fatta eccezione per il lavoro straordinario prestato per le consultazioni elettorali o referendarie ai sensi dell'art. 39, comma 2, del C.C.N.L. del 14.9.2000».

⁴²⁶ Orientamento applicativo ARAN n. RAL_1383 del 06.08.2012.

⁴²⁷ L'art. 33, comma 2, del decreto-legge 34/2019, convertito - con modificazioni - dalla Legge n. 58/2019, stabilisce che «a decorrere dalla data individuata dal decreto di cui al presente comma, anche per le finalità di cui al comma 1, i comuni possono procedere ad assunzioni di personale a tempo indeterminato in coerenza con i piani triennali dei fabbisogni di personale e fermo restando il rispetto pluriennale dell'equilibrio di bilancio asseverato dall'organo di revisione, sino ad una spesa complessiva per tutto il personale dipendente, al lordo degli oneri riflessi a carico dell'amministrazione, non superiore al valore soglia definito come percentuale, differenziata per



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Con le novità legislative introdotte dal decreto-legge 34/2019⁴²⁸, recante «Misure urgenti di crescita economica e per la risoluzione di specifiche situazioni di crisi», gli enti locali⁴²⁹ - soprattutto quelli di non grandi dimensioni - sono quelli più esposti alle difficoltà di reclutamento di dipendenti cui, poi, affidare funzioni apicali in quei settori di primaria importanza a cui fa capo l'attuazione degli obiettivi politico-amministrativi definiti dall'organo esecutivo.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Funzione Pubblica, con Decreto del 17 marzo 2020⁴³⁰, ha definito le capacità assunzionali di personale a tempo indeterminato dei Comuni. Dette misure tengono conto di specifici valori soglia differenziati,

fascia demografica, della media delle entrate correnti relative agli ultimi tre rendiconti approvati, considerate al netto del fondo crediti dubbia esigibilità stanziato in bilancio di previsione. Con decreto del Ministro della pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e il Ministro dell'interno, previa intesa in sede di Conferenza Stato-città ed autonomie locali, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono individuate le fasce demografiche, i relativi valori soglia prossimi al valore medio per fascia demografica e le relative percentuali massime annuali di incremento del personale in servizio per i comuni che si collocano al di sotto del valore soglia prossimo al valore medio, nonché un valore soglia superiore cui convergono i comuni con una spesa di personale eccedente la predetta soglia superiore. I comuni che registrano un rapporto compreso tra i due predetti valori soglia non possono incrementare il valore del predetto rapporto rispetto a quello corrispondente registrato nell'ultimo rendiconto della gestione approvato. I comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti che si collocano al di sotto del valore soglia di cui al primo periodo, che fanno parte delle "unioni dei comuni" ai sensi dell'articolo 32 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, al solo fine di consentire l'assunzione di almeno una unità possono incrementare la spesa di personale a tempo indeterminato oltre la predetta soglia di un valore non superiore a quello stabilito con decreto di cui al secondo periodo, collocando tali unità in comando presso le corrispondenti unioni con oneri a carico delle medesime, in deroga alle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa di personale. I predetti parametri possono essere aggiornati con le modalità di cui al secondo periodo ogni cinque anni. I comuni in cui il rapporto fra la spesa di personale, al lordo degli oneri riflessi a carico dell'amministrazione, e la media delle predette entrate correnti relative agli ultimi tre rendiconti approvati risulta superiore al valore soglia superiore adottano un percorso di graduale riduzione annuale del suddetto rapporto fino al conseguimento nell'anno 2025 del predetto valore soglia anche applicando un turn over inferiore al 100 per cento. A decorrere dal 2025 i comuni che registrano un rapporto superiore al valore soglia superiore applicano un turn over pari al 30 per cento fino al conseguimento del predetto valore soglia. Il limite al trattamento accessorio del personale di cui all'articolo 23, comma 2, del decreto legislativo 25 maggio 2017, n. 75, è adeguato, in aumento o in diminuzione, per garantire l'invarianza del valore medio pro-capite, riferito all'anno 2018, del fondo per la contrattazione integrativa nonché delle risorse per remunerare gli incarichi di posizione organizzativa, prendendo a riferimento come base di calcolo il personale in servizio al 31 dicembre 2018».

⁴²⁸ Convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 58/2019.

⁴²⁹ Per approfondimenti sul tema delle autonomie locali si rimanda a: CARINGELLA F., *Manuale ragionato di Diritto Amministrativo*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2019 - CHIEPPA R. e GIOVAGNOLI R., *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, Milano, 2011 - VANDELLI L., *Il Sistema delle Autonomie Locali*, Il Mulino, Bologna, 2021.

⁴³⁰ Adottato dal Ministro per la Pubblica Amministrazione, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze e il Ministro dell'Interno, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 108 del 27 aprile 2020.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

per fascia demografica, dal rapporto tra spesa complessiva per tutto il personale e la media delle entrate correnti relative agli ultimi tre rendiconti approvati⁴³¹.

Se si tiene conto che, sovente, il settore diretto dal funzionario titolare di posizione organizzativa è retto da pochissimi dipendenti, ben si comprende come l'improvvisa vacanza del posto di Responsabile, oltre a rappresentare un grave *vulnus* per tutta l'attività dell'Ente, determina anche la fondata preoccupazione di non riuscire a concludere adempimenti rilevanti.

Ad aggravare la situazione si aggiunge, non di rado, la mancata previsione statutaria della possibilità di prevedere, ai sensi dell'art. 110, comma 1, del D.Lgs. n. 267/2000, che «la copertura dei posti di responsabili dei servizi o degli uffici, di qualifiche dirigenziali o di alta specializzazione, possa avvenire mediante contratto a tempo determinato [...]».

Da qui la necessità, indispensabile, di individuare soluzioni alternative finalizzate all'attribuzione di un incarico direttivo, quale responsabile di settore e titolare di p.o, per consentire alla macchina amministrativa di non subire interruzioni e all'incaricato di concludere le procedure dallo stesso avviate durante il servizio, per le quali sono richieste specifiche conoscenze ed informazioni storiche non rinvenibili tra il personale in dotazione all'ufficio. Il tutto nelle more dell'indizione - e conclusione in tempi brevi - della procedura finalizzata al reclutamento di personale di categoria D.

Diviene necessaria, quindi, la valutazione di ogni opportunità normativa per garantire la funzionalità del preciso settore dell'Ente e la continuità di attività e funzioni di competenza, che risultano di centrale importanza per la corretta gestione dell'assetto organizzativo.

Le finalità, per quanto si è detto, sono quelle di evitare di perdere la possibilità di utilizzare le conoscenze tecniche e consolidate professionalità, di livello direttivo, dei soggetti in quiescenza; permettere la trasmissione delle conoscenze, delle esperienze e delle competenze acquisite dal personale a riposo, in condizioni di insussistenza di cause di inconferibilità ed incompatibilità; evitare aggravii di spese attraverso il conferimento di incarichi onerosi ad altri soggetti; consentire il funzionamento dei servizi e degli uffici di un settore.

Il primo nodo da sciogliere è capire se sia possibile, in termini strettamente operativi, conferire un incarico direttivo a titolo gratuito, quale responsabile di posizione organizzativa e con tutte le prerogative ad esso afferenti, ad un funzionario di categoria D, già responsabile di settore, collocato in quiescenza.

⁴³¹ «Ai fini del presente decreto sono utilizzate le seguenti definizioni: a) spesa del personale: impegni di competenza per spesa complessiva per tutto il personale dipendente a tempo indeterminato e determinato, per i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, per la somministrazione di lavoro, per il personale di cui all'art. 110 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, prestadenominati partecipati o comunque facenti capo all'ente, al lordo degli oneri riflessi ed al netto dell'IRAP, come rilevati nell'ultimo rendiconto della gestione approvato; b) entrate correnti: media degli accertamenti di competenza riferiti alle entrate correnti relative agli ultimi tre rendiconti approvati, considerate al netto del fondo crediti di dubbia esigibilità stanziato nel bilancio di previsione relativo all'ultima annualità considerata».



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Come si è detto l'articolo 5, comma 9, del decreto-legge 95/2012 prevede, in modo diretto e senza deroghe, un impedimento generalizzato al conferimento di incarichi dirigenziali o direttivi a soggetti in pensione⁴³², facendo salvi i soli incarichi a titolo gratuito, con rimborso delle spese documentate, per una durata non superiore a un anno, non prorogabile né rinnovabile.

È, dunque, possibile ritenere che sia legittimo conferire un incarico di posizione organizzativa a personale collocato a riposo da amministrazioni pubbliche con la qualifica di categoria D, per un periodo complessivo di dodici mesi e senza che possano essere corrisposte somme a titolo di contribuzione.

Si tratta di un'eccezione normativamente espressa al principio generale dell'onerosità della prestazione di lavoro cui all'art. 36⁴³³ della Costituzione.

Non va sottaciuto, tuttavia, che il rapporto di lavoro è pur sempre di natura subordinata in quanto comporta, necessariamente, un assoggettamento alle disposizioni impartite dagli organi dell'Amministrazione.

Questo tipo di incarico non andrà a configurare un rapporto di natura autonoma e professionale, ma una particolare forma di lavoro alle dipendenze dell'Ente, con tutto ciò che implica l'incardinamento nei ruoli dell'Amministrazione che conferisce l'incarico, anche sotto il profilo della responsabilità, propria di un pubblico dipendente, connessa allo svolgimento di un compito gestionale.

5. La delicata questione del limite d'età

La circolare del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione n. 4 del 10.11.2015⁴³⁴, al paragrafo quarto, sottolinea in maniera incontrovertibile che, per quanto riguarda gli incarichi dirigenziali, è escluso che essi possano essere conferiti a soggetti collocati in quiescenza che hanno compiuto 65⁴³⁵ anni, cioè che hanno raggiunto il limite di

⁴³² A nulla rileva la diversità di situazioni in cui possono trovarsi gli aspiranti agli incarichi, quali titolari di pensione di vecchiaia, di anzianità, di invalidità, o con trattamenti pensionistici esigui.

⁴³³ «Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa. La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge. Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi».

⁴³⁴ Relativa alla «Interpretazione e applicazione dell'art. 5, comma 9, del decreto-legge n. 95/2012, come modificato dall'art. 17, comma 3, della Legge n. 124/2015. Integrazione della circolare del Ministro per la Semplificazione n. 6/2014».

⁴³⁵ la Circolare INPS n. 62 del 04 aprile 2018 al punto 2.1, rubricato «Pensione di vecchiaia (art. 24, commi 6 e 7, legge n. 214 del 2011) - requisito anagrafico», chiarisce che il requisito per la pensione di vecchiaia per gli iscritti all'assicurazione generale obbligatoria, a decorrere dal 1 gennaio 2021, è fissato in 67 anni (requisito da adeguare alla speranza di vita ai sensi dell'art. 12 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010, n. 122). Sul punto appare opportuno richiamare l'art. 1 del Decreto-Legge n. 90/2014 - convertito con modificazioni dalla Legge n. 114/2014 - che ha abrogato l'art. 16 del D.Lgs. n. 503/1992 contenente la disciplina generale



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

età per il collocamento a riposo dei dipendenti pubblici.

«Come già chiarito nella circolare n. 6 del 2014, infatti, la possibilità di attribuire incarichi dirigenziali a soggetti che abbiano raggiunto i limiti di età per il collocamento a

dell'istituto del trattenimento in servizio dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni. Unica deroga è per quei lavoratori che risultano titolari di un'anzianità contributiva inferiore al minimo di anni 20 utile al conseguimento della pensione di vecchiaia, come stabilito dall'art. 24, comma 7, del Decreto-Legge n. 201/2011, convertito - con modificazioni - dalla Legge n. 214/2011. Come chiarito dalla Circolare del Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione n. 2/2015, recante la *«Interpretazione e applicazione dell'articolo 1 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114»*, l'unica ipotesi contemplata dalla legge in cui l'Amministrazione è tenuta a proseguire il rapporto di lavoro con il dipendente che abbia compiuto l'età anagrafica pensionabile è quella finalizzata a consentire allo stesso la maturazione dei requisiti minimi previsti per l'accesso alla pensione di vecchiaia (almeno 20 anni di anzianità contributiva), comunque non oltre il raggiungimento dei 70 anni di età. Proprio l'art. 24, comma 4, secondo periodo, del citato Decreto-Legge n. 201/2011, stabilisce che *«il proseguimento dell'attività lavorativa è incentivato, fermi restando i limiti ordinamentali dei rispettivi settori di appartenenza, dall'operare dei coefficienti di trasformazione calcolati fino all'età di settant'anni, fatti salvi gli adeguamenti alla speranza di vita, come previsti dall'articolo 12 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122 e successive modificazioni e integrazioni»*. L'art. 2, comma 5, del Decreto-Legge n. 101/2013 (convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 125/2013) chiarisce, poi, che *«l'articolo 24, comma 4, secondo periodo, del decreto-legge n. 201/2011, convertito in legge n. 214/2011, si interpreta nel senso che per i lavoratori dipendenti delle pubbliche amministrazioni il limite ordinamentale, previsto dai singoli settori di appartenenza per il collocamento a riposo d'ufficio e vigente alla data di entrata in vigore del decreto-legge stesso, non è modificato dall'elevazione dei requisiti anagrafici previsti per la pensione di vecchiaia e costituisce il limite non superabile, se non per il trattenimento in servizio o per consentire all'interessato di conseguire la prima decorrenza utile della pensione ove essa non sia immediata, al raggiungimento del quale l'amministrazione deve far cessare il rapporto di lavoro o di impiego se il lavoratore ha conseguito, a qualsiasi titolo, i requisiti per il diritto a pensione»*. La Circolare del Dipartimento della Funzione Pubblica n. 2/2012 precisa, altresì, che *«in linea con i principi enunciati dalla Corte costituzionale, rimane salvo anche dopo la recente riforma che, in caso di domanda, l'amministrazione è tenuta a disporre il trattenimento in servizio per quei dipendenti che non hanno ancora raggiunto il requisito di contribuzione minimo per la maturazione del diritto a pensione (Corte Costituzionale, n. 282 del 1991, nella quale si afferma che: "Il principio [...] secondo cui non può essere preclusa, senza violare l'art. 38, secondo comma della Costituzione, la possibilità per il personale [...] che al compimento del sessantacinquesimo anno - quale che sia la data di assunzione - non abbia ancora maturato il diritto a pensione, di derogare a tale limite per il collocamento a riposo, al solo scopo di completare il periodo minimo di servizio richiesto dalla legge per il conseguimento di tale diritto, non può che avere [...] valenza generale"»*. Con Circolare del Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione n. 2/2015, paragrafo 2.3.1, in relazione al mancato raggiungimento del minimo contributivo, si evidenzia, infine, quanto segue: *«l'amministrazione è tenuta a proseguire il rapporto di lavoro con il dipendente e tale prosecuzione non costituisce un trattenimento vietato dalla legge. Ciò si verifica, innanzitutto, quando il dipendente non matura alcun diritto a pensione al compimento dell'età limite ordinamentale o al compimento del requisito anagrafico per la pensione di vecchiaia. In tali casi, come chiarito dalla giurisprudenza costituzionale (Corte costituzionale, sentenze n. 33/2013 e n. 282/1991), l'amministrazione deve proseguire il rapporto di lavoro con il dipendente oltre il raggiungimento del limite per permettergli di maturare i requisiti minimi previsti per l'accesso a pensione non oltre il raggiungimento dei 70anni di età (limite al quale si applica l'adeguamento alla speranza di vita)»*.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

riposo dei dipendenti pubblici era già esclusa dall'articolo 33, comma 3, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223⁴³⁶: si tratta di una disposizione normativa speciale che continua a trovare applicazione. Rimane ferma la possibilità di conferire incarichi dirigenziali, ai sensi dell'articolo 19, comma 6, del decreto legislativo n. 165 del 2001, a soggetti che, pur collocati in quiescenza, non abbiano raggiunto il suddetto limite di età. La citata disposizione del decreto-legge n. 223 del 2006 non riguarda invece gli incarichi direttivi (tra i quali rientra quello di direttore scientifico), per i quali rimane ferma l'applicazione dell'articolo 5, comma 9, del decreto-legge n. 95 del 2012 e che, pertanto, possono essere conferiti anche oltre il limite dei 65 anni⁴³⁷, purché gratuiti e per una durata non superiore a un anno⁴³⁸».

Come affermato, in più occasioni, dalla magistratura contabile ne deriva che «*ai fini dell'attribuzione degli incarichi dirigenziali, opera, in ogni caso ed in via generale, il limite anagrafico per il collocamento a riposo dei dipendenti pubblici, con la conseguenza che, se per un verso non sussistono preclusioni al conferimento di un incarico gratuito di natura dirigenziale a personale in quiescenza, è pur vero che in base alla norma da ultimo richiamata, è necessario che il soggetto cui viene conferito l'incarico dirigenziale non abbia comunque raggiunto il limite di età per il collocamento a riposo dei dipendenti pubblici*»⁴³⁹.

Come è noto, i dubbi sorti circa l'applicabilità dell'art. 19, comma 6 del Testo Unico del Pubblico Impiego anche agli enti locali sono stati fugati dal legislatore nel 2009: con l'art. 40, comma 1, lett. f) del D.Lgs. n. 150/2009, è stato inserito nell'art. 19 del D.Lgs. n. 165/2001, il nuovo comma 6-ter il quale prevede espressamente che le disposizioni di cui al comma 6 si applicano a tutte le amministrazioni pubbliche, tra cui le regioni, le province e i comuni.

Tenuto conto dei limiti legati al compimento dei 67 anni, l'amministrazione sarà tenuta, in conseguenza, a valutare prudentemente la compatibilità dell'incarico con la gratuità, la durata massima annuale e con le responsabilità e i meccanismi di valutazione connessi all'incarico.

6. I limiti operativi dell'incarico

⁴³⁶ «*I limiti di età per il collocamento a riposo dei dipendenti pubblici risultanti anche dall'applicazione dell'articolo 16, comma 1, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503 (articolo abrogato dal decreto-legge 90/2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 114/2014), si applicano anche ai fini dell'attribuzione degli incarichi dirigenziali di cui all'articolo 19, comma 6, del citato decreto legislativo n. 165 del 2001*».

⁴³⁷ Sul punto si rimanda alla nota precedente.

⁴³⁸ Circolare del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione n. 4 del 10.11.2015 recante la «*Interpretazione e applicazione dell'art. 5, comma 9, del decreto-legge n. 95/2012, come modificato dall'art. 17, comma 3, della Legge n. 124/2015. Integrazione della circolare del Ministro per la Semplificazione n. 6/2014*».

⁴³⁹ Cfr. Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Puglia, 25 novembre 2020, deliberazione 107/2020/PAR.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Se da un lato l'incarico di posizione organizzativa, conferito ad un ex dipendente a riposo, si caratterizza per l'elevata professionalità in termini gestionali, l'autonomia decisionale e i poteri di coordinamento e controllo del settore; dall'altro incontra precisi limiti operativi laddove è richiesto un inquadramento⁴⁴⁰ formale nei ruoli della pubblica amministrazione.

Proprio in relazione a questo ultimo punto il soggetto nominato non può svolgere le funzioni di Responsabile Unico del Procedimento, ai sensi dell'art. 31⁴⁴¹ del D.Lgs. n.

⁴⁴⁰ Per approfondimenti sul tema si rimanda a: FIORILLO L., *Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*, Piccin, Padova, 2019 - GALANTINO L. (continuato da M. La Notte), *Diritto del lavoro pubblico*, Giappichelli, Torino, 2019 - MONEA P. (a cura di), *Il rapporto di lavoro nelle Regioni e negli Enti Locali*, Maggioli Editore, Sant'Arcangelo di Romagna (Rn), 2012.

⁴⁴¹ «1. Per ogni singola procedura per l'affidamento di un appalto o di una concessione le stazioni appaltanti individuano, nell'atto di adozione o di aggiornamento dei programmi di cui all'articolo 21, comma 1, ovvero nell'atto di avvio relativo ad ogni singolo intervento per le esigenze non incluse in programmazione, un responsabile unico del procedimento (RUP) per le fasi della programmazione, della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione. Le stazioni appaltanti che ricorrono ai sistemi di acquisto e di negoziazione delle centrali di committenza nominano, per ciascuno dei detti acquisti, un responsabile del procedimento che assume specificamente, in ordine al singolo acquisto, il ruolo e le funzioni di cui al presente articolo. Fatto salvo quanto previsto al comma 10, il RUP è nominato con atto formale del soggetto responsabile dell'unità organizzativa, che deve essere di livello apicale, tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità medesima, dotati del necessario livello di inquadramento giuridico in relazione alla struttura della pubblica amministrazione e di competenze professionali adeguate in relazione ai compiti per cui è nominato; la sostituzione del RUP individuato nella programmazione di cui all'articolo 21, comma 1, non comporta modifiche alla stessa. Laddove sia accertata la carenza nell'organico della suddetta unità organizzativa, il RUP è nominato tra gli altri dipendenti in servizio. L'ufficio di responsabile unico del procedimento è obbligatorio e non può essere rifiutato. 2. Il nominativo del RUP è indicato nel bando o avviso con cui si indice la gara per l'affidamento del contratto di lavori, servizi, forniture, ovvero, nelle procedure in cui non vi sia bando o avviso con cui si indice la gara, nell'invito a presentare un'offerta. 3. Il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti. 4. Oltre ai compiti specificatamente previsti da altre disposizioni del codice, in particolare, il RUP: a) formula proposte e fornisce dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali, nonché al fine della predisposizione di ogni altro atto di programmazione di contratti pubblici di servizi e di forniture e della predisposizione dell'avviso di preinformazione; b) cura, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi; c) cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure; d) segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi; e) accerta la libera disponibilità di aree e immobili necessari; f) fornisce all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza e sorveglia la efficiente gestione economica dell'intervento; g) propone all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti, quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni; h) propone l'indizione o, ove competente, indice la conferenza di servizi ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, quando sia necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze,

1

nulla osta, assenti, comunque denominati; i) verifica e vigila sul rispetto delle prescrizioni contrattuali nelle concessioni. 5. Con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, è definita una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP, sui presupposti e sulle modalità di nomina, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto disposto dal presente codice, in relazione alla complessità dei lavori. Con il medesimo regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, sono determinati, altresì, l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista, con il direttore dei lavori o con il direttore dell'esecuzione. Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, si applica la disposizione transitoria ivi prevista. 6. Per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura il RUP deve essere un tecnico; ove non sia presente tale figura professionale, le competenze sono attribuite al responsabile del servizio al quale attiene il lavoro da realizzare. 7. Nel caso di appalti di particolare complessità in relazione all'opera da realizzare ovvero alla specificità della fornitura o del servizio, che richiedano necessariamente valutazioni e competenze altamente specialistiche, il responsabile unico del procedimento propone alla stazione appaltante di conferire appositi incarichi a supporto dell'intera procedura o di parte di essa, da individuare sin dai primi atti di gara. 8. Gli incarichi di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, direzione dell'esecuzione coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, di collaudo, nonché gli incarichi che la stazione appaltante ritenga indispensabili a supporto dell'attività del responsabile unico del procedimento, vengono conferiti secondo le procedure di cui al presente codice e, in caso di importo inferiore alla soglia di 40.000 euro, possono essere affidati in via diretta, ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). L'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con esclusione delle relazioni geologiche, nonché per la sola redazione grafica degli elaborati progettuali. Il progettista può affidare a terzi attività di consulenza specialistica inerenti ai settori energetico, ambientale, acustico e ad altri settori non attinenti alle discipline dell'ingegneria e dell'architettura per i quali siano richieste apposite certificazioni o competenze, rimanendo ferma la responsabilità del progettista anche ai fini di tali attività. Resta, comunque, ferma la responsabilità esclusiva del progettista. 9. La stazione appaltante, allo scopo di migliorare la qualità della progettazione e della programmazione complessiva, può, nell'ambito della propria autonomia organizzativa e nel rispetto dei limiti previsti dalla vigente normativa, istituire una struttura stabile a supporto dei RUP, anche alle dirette dipendenze del vertice della pubblica amministrazione di riferimento. Con la medesima finalità, nell'ambito della formazione obbligatoria, organizza attività formative specifiche per tutti i dipendenti che hanno i requisiti di inquadramento idonei al conferimento dell'incarico di RUP, anche in materia di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture. 10. Le stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni o enti pubblici individuano, secondo i propri ordinamenti, uno o più soggetti cui affidare i compiti propri del responsabile del procedimento, limitatamente al rispetto delle norme del presente decreto alla cui osservanza sono tenute. 11. Nel caso in cui l'organico della stazione appaltante presenti carenze accertate o in esso non sia compreso nessun soggetto in possesso della specifica professionalità necessaria per lo svolgimento dei compiti propri del RUP, secondo quanto attestato dal dirigente competente, i compiti di supporto all'attività del RUP possono essere affidati, con le procedure previste dal presente codice, ai soggetti aventi le specifiche competenze di carattere tecnico, economico-finanziario, amministrativo, organizzativo e legale, dotati di adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali come previsto dall'articolo 24, comma 4, assicurando comunque il rispetto dei principi di pubblicità e di trasparenza. Resta fermo il divieto di frazionamento artificioso delle prestazioni allo scopo di sottrarle alle disposizioni del presente codice. Agli affidatari dei servizi di supporto di cui al presente comma si applicano le disposizioni di incompatibilità di cui all'articolo 24, comma 7, comprensive di eventuali incarichi di progettazione. 12. Il soggetto responsabile dell'unità organizzativa competente in relazione all'intervento, individua preventivamente le modalità organizzative e gestionali attraverso le quali garantire il controllo effettivo da parte della stazione appaltante sull'esecuzione delle prestazioni, programmando accessi diretti del RUP o del direttore dei lavori o del direttore dell'esecuzione sul luogo dell'esecuzione stessa, nonché verifiche, anche a sorpresa, sull'effettiva ottemperanza a tutte le misure mitigative e compensative, alle prescrizioni in materia ambientale, paesaggistica, storico-architettonica, archeologica e di tutela della salute umana impartite dagli enti e dagli organismi competenti. Il documento di programmazione, corredato dalla successiva relazione su quanto effettivamente effettuato, costituisce obiettivo strategico nell'ambito del piano della performance organizzativa dei soggetti interessati e conseguentemente se ne tiene conto in sede di valutazione dell'indennità di risultato. La



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

50/2016, proprio perché manca la qualità di dipendente a tutti gli effetti. Dettaglio di non poco conto. Benchè la legge consenta la scelta del supporto allo stesso anche tra soggetti non legati da alcun rapporto con la pubblica amministrazione, il RUP, invece, deve ricoprire una specifica casella nell'organico complessivo dell'Ente.

Sul punto è intervenuta anche l'ANAC. Le linee guida n. 3⁴⁴² di attuazione del D.Lgs. n. 50/2016, recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni», al punto 2.2 chiariscono che «*il RUP è individuato, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 31, comma 1, del codice, tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità organizzativa inquadrati come dirigenti o dipendenti con funzioni direttive o, in caso di carenza in organico della suddetta unità organizzativa, tra i dipendenti in servizio con analoghe caratteristiche*».

L'Autorità Nazionale Anticorruzione, quindi, ribadisce la previsione del legislatore relativa alla necessità di un inquadramento del dipendente di natura subordinata che comporti l'inserimento nella organizzazione dell'ente e l'adibizione ad un servizio rientrante nei suoi fini istituzionali, l'applicazione della contrattazione collettiva nazionale relativa alle funzioni locali, nonché la risoluzione del rapporto di impiego eventualmente in essere con altra amministrazione pubblica.

Sulla questione si è soffermata anche la giurisprudenza contabile. I magistrati della sezione regionale di controllo per la Campania della Corte dei Conti⁴⁴³, esprimendo un parere richiesto da un Sindaco - circa la possibilità di conferire un incarico di collaborazione, in forma gratuita, ad un funzionario collocato in quiescenza per raggiunti limiti di età, ex responsabile dell'ufficio tecnico comunale con funzioni dirigenziali e, in particolare, se l'incarico di collaborazione possa ricomprendere la conservazione della funzione di RUP per gli interventi iniziati in costanza del rapporto di lavoro - hanno fatto luce sulla questione rilevando che il lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione è connesso alla generale previsione di accesso tramite concorso, derogabile solo in forza di una disposizione di legge⁴⁴⁴. Questa modalità di ingresso costituisce, da un lato, uno strumento al servizio del

valutazione di suddetta attività di controllo da parte dei competenti organismi di valutazione incide anche sulla corresponsione degli incentivi di cui all'articolo 113. 13. È vietata, negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale e nelle altre formule di partenariato pubblico-privato, l'attribuzione dei compiti di responsabile unico del procedimento, responsabile dei lavori, direttore dei lavori, di collaudatore allo stesso contraente generale o soggetto aggiudicatario dei contratti di partenariato pubblico-privato o soggetti ad essi collegati. 14. Le centrali di committenza e le aggregazioni di stazioni appaltanti designano un RUP per le attività di propria competenza con i compiti e le funzioni determinate dalla specificità e complessità dei processi di acquisizione gestiti direttamente».

⁴⁴² Approvate dal Consiglio dell'Autorità con Deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016 e aggiornate al D.Lgs. 56 del 19/4/2017 con deliberazione del Consiglio n. 1007 dell'11 ottobre 2017.

⁴⁴³ Cfr. Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Campania, 12 maggio 2021, deliberazione Campania/131/2021/PAR.

⁴⁴⁴ L'art. 97, comma 4, della Costituzione stabilisce che «*Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge*».



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

buon andamento dell'agire pubblico cui all'art. 97⁴⁴⁵ della Carta Fondamentale (perchè volto ad individuare il miglior candidato per la posizione bandita) e, dall'altro lato, presidia il diritto di tutti i cittadini ad accedere agli uffici pubblici cui fa riferimento l'art. 51⁴⁴⁶ della Costituzione, strumento essenziale per promuovere l'uguaglianza e rimuovere gli ostacoli che di fatto la limitano⁴⁴⁷. Ne discende che il rapporto di lavoro subordinato riveste un carattere necessariamente oneroso in aderenza al dettato dell'art. 36 della Costituzione, in forza del quale *«Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa»*. È rilevante anche il richiamo all'art. 2094⁴⁴⁸ del Codice Civile che qualifica come prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a prestare il proprio lavoro alle dipendenze e sotto la direzione del datore di lavoro. Da qui anche l'onerosità garantita dall'art. 2126⁴⁴⁹ c.c., nel caso di nullità o annullamento del contratto di lavoro non derivante da illiceità dell'oggetto o della causa, che riconosce il diritto al trattamento retributivo per la prestazione di fatto svolta dal lavoratore.

Il carattere necessariamente oneroso del rapporto di lavoro subordinato è rimarcato, proprio con riferimento agli enti locali, anche dall'art. 90, comma 2, del T.U.E.L., a mente del quale *«al personale assunto con contratto di lavoro subordinato a tempo determinato si applica il contratto collettivo nazionale di lavoro del personale degli enti locali»*.

«Pur comprendendo le istanze dell'Ente (che riterrebbe auspicabile la continuità

⁴⁴⁵ *«Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge»*.

⁴⁴⁶ *«Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. A tale fine la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini. La legge può, per l'ammissione ai pubblici uffici e alle cariche elettive, parificare ai cittadini gli italiani non appartenenti alla Repubblica. Chi è chiamato a funzioni pubbliche elettive ha diritto di disporre del tempo necessario al loro adempimento e di conservare il suo posto di lavoro»*.

⁴⁴⁷ Sul punto si richiama l'art. 3 della Costituzione: *«Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»*.

⁴⁴⁸ *«È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore»*.

⁴⁴⁹ *«La nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa. Se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione»*.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

dell'azione amministrativa intrapresa e il mantenimento di un elevato livello qualitativo delle attività di competenza del RUP), deve ribadirsi che la disciplina generale in merito alla gestione del personale pubblico è informata e plasmata da principi sistematici tali che non consentono l'utilizzo di personale a titolo gratuito, quali quelli sopra espressi, legati alla tutela della dignità del lavoro e al rispetto della normativa generale in materia, oltre che alla necessità di evitare l'esposizione degli enti pubblici a rischi legali e di contenzioso e, quindi, finanziari per le ricadute sul bilancio in caso di soccombenza (cfr. SRC Campania n. 213/2015/PAR). In definitiva, il rapporto di una pubblica amministrazione con qualsiasi soggetto non può che essere di tipo oneroso e comunque inquadrabile in uno degli schemi giuridici previsti dal codice civile e dalle leggi speciali in materia di lavoro, anche in ragione del fatto che l'inserimento di un soggetto nell'organizzazione pubblica non può comportare la soggezione al potere di controllo e di indirizzo necessario alla realizzazione delle sue finalità istituzionali, con le conseguenze di legge che si ricollegano alla instaurazione di un rapporto di servizio, incompatibile con una logica di precarietà giuridica conseguente alla gratuità delle prestazioni⁴⁵⁰».

Appare dirimente evidenziare che il lavoro gratuito è ammesso nei soli casi espressamente disciplinati dalla legge, ipotesi fra cui rileva il lavoro prestato gratuitamente nelle organizzazioni di volontariato. Del resto la Legge n. 266/1991 e, successivamente, il D.Lgs. n. 117/2017 hanno introdotto nell'ordinamento le organizzazioni di volontariato proprio al fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18 e 118, quarto comma, della Costituzione.

I giudici della sezione regionale di controllo per la Campania della Corte dei Conti hanno anche messo in evidenza che *«l'ipotesi prospettata appare, in ogni caso, in aperta contraddizione con le indicazioni fornite dall'Autorità nazionale anticorruzione e dalla giurisprudenza di questa Corte, volte a valorizzare il criterio di rotazione del personale nell'ambito delle pubbliche amministrazioni. In particolare, nello schema di Piano nazionale anticorruzione 2016, (datato 20 maggio 2016), si auspica la rotazione del personale, quale misura organizzativa preventiva, finalizzata a limitare il consolidarsi di relazioni che possano alimentare dinamiche improprie nella gestione, contribuendo, inoltre, in tal modo, alla formazione del personale, accrescendo le conoscenze e la preparazione professionale del lavoratore, anche attraverso appositi percorsi di formazione⁴⁵¹».*

Sempre in argomento non va sottaciuta la particolare natura di rapporto di lavoro subordinato dell'incaricato a titolo gratuito, che comporta necessariamente un

⁴⁵⁰ Cfr. Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Campania, 23 novembre 2016, deliberazione Campania/PAR/244/2016.

⁴⁵¹ Cfr. Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Campania, 23 novembre 2016, deliberazione Campania/PAR/244/2016.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

assoggettamento alle disposizioni impartite dagli organi dell'Amministrazione in relazione ai profili di competenza. In altre parole non si configura un rapporto di natura autonoma e professionale, ma una eccezionale forma di lavoro alle dipendenze dell'Ente, con tutto ciò che implica l'incardinamento nella P.A., anche in ragione dei profili di responsabilità - nel caso di specie pienamente operativi - propri di un pubblico dipendente, in primo luogo la responsabilità amministrativo-contabile.

In conclusione appare utile richiamare anche un recente parere, reso dalla sezione regionale di controllo per la Campania della Corte dei Conti, con riferimento alla possibilità - da parte di un funzionario avvocato e/o dirigente avvocato ormai in quiescenza - di continuare a patrocinare a favore dell'Ente nei giudizi ove era costituito quale dipendente.

I giudici contabili si sono espressi muovendo le mosse dall'art. 85 del codice di procedura civile, il quale regola il conferimento della procura, e ne prevede la revocabilità da quando è stato nominato il nuovo difensore. In sostanza, indipendentemente dal rapporto interno avvocato-cliente, la procura, per evidenti ragioni di speditezza processuale, anche se revocata continua a mantenere fermi gli effetti rappresentativi fino a nuovo avvocato. Fa eccezione a questo principio l'ipotesi di avvocato pubblico dipendente che patrocini l'ente per cui lavora.

«[...] gli avvocati e procuratori dipendenti di enti pubblici ed iscritti nell'albo speciale annesso a quello professionale sono abilitati al patrocinio esclusivamente per le cause e gli affari propri dell'ente presso il quale prestano la loro opera, onde la cessazione del rapporto di impiego, determinando la mancanza di legittimazione a compiere e a ricevere atti processuali relativi alle cause proprie dell'ente, comporta il totale venir meno dello jus postulandi per causa equiparabile a quelle elencate dall'art. 301⁴⁵² c.p.c.. È stato, in particolare, precisato (Cass. n. 20361 del 2008) che il rapporto di patrocinio che si instaura tra l'ente pubblico e l'avvocato in servizio presso l'ufficio legale dell'ente in qualità di lavoratore dipendente trova la propria origine nel rapporto di impiego, non è dunque assimilabile a quello che sorge dal contratto di prestazione d'opera professionale, regolato dalle norme ordinarie sul mandato, sicché, da una parte, il momento in cui esso cessa è inscindibilmente connesso alle vicende del rapporto di impiego assunto come unica fonte dell'incarico e dell'obbligazione lavorativa del dipendente con conseguente inapplicabilità della disciplina di cui all'art. 85 c.p.c., e, dall'altra, determina automaticamente l'interruzione del processo, ancorché il giudice o le altre parti non ne abbiano avuto conoscenza, con la conseguente nullità degli atti successivi e della sentenza eventualmente pronunciata. Tanto premesso, al raggiungimento della pensione cessa il potere rappresentativo del legale dipendente dell'ente, senza che quest'ultimo possa confermare l'incarico»⁴⁵³.

⁴⁵² «Se la parte è costituita a mezzo di procuratore, il processo è interrotto dal giorno della morte, radiazione o sospensione del procuratore stesso. In tal caso si applica la disposizione dell'articolo 299. Non sono cause d'interruzione la revoca della procura o la rinuncia ad essa».

⁴⁵³ Cfr. Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per la Campania, 12 maggio 2021, deliberazione Campania/131/2021/PAR.



7. L'iter amministrativo di conferimento dell'incarico

L'amministrazione, ravvisata l'esigenza di conferire un incarico direttivo ad un caposettore in quiescenza formalizzerà specifico un atto d'indirizzo al responsabile⁴⁵⁴ dell'ufficio personale, affinché proceda ad acquisire manifestazioni d'interesse da ex dipendenti della pubblica amministrazione in pensione che abbiano maturato accreditata esperienza professionale compatibile con il profilo da ricoprire.

In alternativa la Giunta Comunale, qualora ritenga di incaricare il precedente Responsabile, formulerà allo stesso un invito a continuare la collaborazione con l'Ente. Solo a seguito del riscontro formale e della manifestazione della disponibilità allo svolgimento dell'incarico, con l'accettazione di tutte le condizioni negoziali, sarà possibile passare alle fasi successive.

La motivazione sottesa alla Deliberazione della Giunta poggerà sulla evidenza che l'attribuzione di tale incarico è giustificata dalla necessità di non disperdere il bagaglio culturale, professionale e le esperienze acquisite dall'ex dipendente che avrà cura, nel periodo di efficacia dell'incarico, di trasmettere le proprie competenze e conoscenze al nuovo personale incardinato nel settore, attraverso una direzione che rappresenta un

⁴⁵⁴ Sul punto appare importante richiamare l'art. 1, comma 2, lettera b), del D.Lgs. n. 81/2008 che chiarisce la definizione di *datore di lavoro* nei termini che seguono: «il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, comunque, il soggetto che, secondo il tipo e l'assetto dell'organizzazione nel cui ambito il lavoratore presta la propria attività, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa. Nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, per datore di lavoro si intende il dirigente al quale spettano i poteri di gestione, ovvero il funzionario non avente qualifica dirigenziale, nei soli casi in cui quest'ultimo sia preposto ad un ufficio avente autonomia gestionale, individuato dall'organo di vertice delle singole amministrazioni tenendo conto dell'ubicazione e dell'ambito funzionale degli uffici nei quali viene svolta l'attività, e dotato di autonomi poteri decisionali e di spesa. In caso di omessa individuazione, o di individuazione non conforme ai criteri sopra indicati, il datore di lavoro coincide con l'organo di vertice medesimo». Ai sensi dell'art. 109 del D.Lgs. n. 267/2000 «gli incarichi dirigenziali sono conferiti a tempo determinato, ai sensi dell'articolo 50, comma 10, con provvedimento motivato e con le modalità fissate dal regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, secondo criteri di competenza professionale, in relazione agli obiettivi indicati nel programma amministrativo del sindaco o del presidente della provincia e sono revocati in caso di inosservanza delle direttive del sindaco o del presidente della provincia, della giunta o dell'assessore di riferimento, o in caso di mancato raggiungimento al termine di ciascun anno finanziario degli obiettivi assegnati nel piano esecutivo di gestione previsto dall'articolo 169 o per responsabilità particolarmente grave o reiterata e negli altri casi disciplinati dai contratti collettivi di lavoro. L'attribuzione degli incarichi può prescindere dalla precedente assegnazione di funzioni di direzione a seguito di concorsi. Nei comuni privi di personale di qualifica dirigenziale le funzioni di cui all'articolo 107, commi 2 e 3, fatta salva l'applicazione dell'articolo 97, comma 4, lettera d), possono essere attribuite, a seguito di provvedimento motivato del sindaco, ai responsabili degli uffici o dei servizi, indipendentemente dalla loro qualifica funzionale, anche in deroga a ogni diversa disposizione».



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

continuum con la precedente.

Con il medesimo atto - che non comporta modifiche alla Programmazione triennale Fabbisogno del personale – saranno definiti contenuto ed obiettivi della posizione organizzativa e la durata dell'incarico da formalizzarsi con specifica convenzione.

Nella deliberazione appare opportuno specificare come l'attività direttiva dell'ex dipendente si sia concretizzata, nel tempo, per attività connotate da: adeguate conoscenze ed esperienza pluriennale; contenuto di tipo tecnico-gestionale-direttivo, responsabilità di risultati relativi ad importanti e diversi procedimenti riguardanti il settore; relazioni organizzative interne di natura negoziale e complessa, gestite anche tra unità organizzative diverse da quella di appartenenza, relazioni esterne con altre istituzioni di tipo diretto; relazioni con gli utenti di natura diretta, anche complesse, e negoziale.

Qualora si proceda a mezzo avviso pubblico, alla scadenza del termine per la presentazione delle manifestazioni d'interesse, l'ufficio procedente accerterà le capacità e le competenze specifiche richieste per l'incarico dagli elementi desumibili dai documenti allegati alla domanda di partecipazione. Si formulerà, per l'effetto, un elenco di soggetti in possesso dei requisiti, senza redazione di una specifica graduatoria, da sottoporre al Sindaco per l'individuazione del soggetto ritenuto più qualificato. È fatta salva, comunque, la convocazione ad un eventuale colloquio. L'atto di conferimento dell'incarico sarà formalmente adottato, successivamente, dal responsabile dell'ufficio.

L'attribuzione dell'incarico, infatti, rientra nell'alveo delle prerogative datoriali di cui all'art. 5, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001 a tenore del quale *«nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro, nel rispetto del principio di pari opportunità, e in particolare la direzione e l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici sono assunte in via esclusiva dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro, fatte salve la sola informazione ai sindacati ovvero le ulteriori forme di partecipazione, ove previsti nei contratti di cui all'articolo 9»*⁴⁵⁵.

Va evidenziato, altresì, come l'attribuzione dell'incarico sia strettamente funzionale all'interesse dell'ente piuttosto che del soggetto in quiescenza atteso che, come rilevato dalla circolare n. 6/2014 del Ministero per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione, la p.a. provvede al conferimento dell'incarico di propria iniziativa, avendo verificato la disponibilità dell'interessato e non su domanda di quest'ultimo. Si fronteggerà, in questo modo, nell'immediato, una situazione di difficoltà nell'individuare un'altra unità competente che diriga il settore, spesso in vista della predisposizione di atti fondamentali per l'Ente e in attesa di poter adottare gli atti necessari per l'assunzione di nuovo personale.

Con propria Deliberazione, l'organo esecutivo, definirà: durata annuale; conferimento di mansioni direttive⁴⁵⁶ (con responsabilità di organizzazione, direzione e gestione degli

⁴⁵⁵ BARTOLINI F., Codice Amministrativo, Casa Editrice La Tribuna, Piacenza, 2016

⁴⁵⁶ Ai sensi dell'art. 107 del D.Lgs. n. 267/2000 «1. Spetta ai dirigenti la direzione degli uffici e dei



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

uffici del Settore individuato); stipula di polizza assicurativa per infortuni e responsabilità civile; eventuale previsione in un limite massimo predeterminato o esclusione di rimborsi spesa; esenzione dell'obbligo di osservanza dell'orario d'ufficio⁴⁵⁷; obbligo di assoluta riservatezza circa le notizie di cui l'incaricato verrà a conoscenza nell'espletamento dell'incarico; il rispetto di tutto l'assetto normativo e regolamentare vigente.

Con il medesimo atto si approverà anche lo schema di disciplinare di incarico gratuito finalizzato a regolare i rapporti tra l'amministrazione comunale e il dipendente in quiescenza, alla cui sottoscrizione provvederà il Responsabile dell'Ufficio Personale.

Andrà anche acquisita la dichiarazione dell'incaricato di non trovarsi in alcuna delle

servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti. Questi si uniformano al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. 2. Spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale, di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108. 3. Sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente: a) la presidenza delle commissioni di gara e di concorso; b) la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso; c) la stipulazione dei contratti; d) gli atti di gestione finanziaria, ivi compresa l'assunzione di impegni di spesa; e) gli atti di amministrazione e gestione del personale; f) i provvedimenti di autorizzazione, concessione o analoghi, il cui rilascio presupponga accertamenti e valutazioni, anche di natura discrezionale, nel rispetto di criteri predeterminati dalla legge, dai regolamenti, da atti generali di indirizzo, ivi comprese le autorizzazioni e le concessioni edilizie; g) tutti i provvedimenti di sospensione dei lavori, abbattimento e riduzione in pristino di competenza comunale, nonché i poteri di vigilanza edilizia e di irrogazione delle sanzioni amministrative previsti dalla vigente legislazione statale e regionale in materia di prevenzione e repressione dell'abusivismo edilizio e paesaggistico-ambientale; h) le attestazioni, certificazioni comunicazioni, diffide, verbali, autenticazioni, legalizzazioni ed ogni altro atto costituente manifestazione di giudizio e di conoscenza; i) gli atti ad essi attribuiti dallo statuto e dai regolamenti o, in base a questi, delegati dal sindaco. 4. Le attribuzioni dei dirigenti, in applicazione del principio di cui all'articolo 1, comma 4, possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative. 5. A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente testo unico, le disposizioni che conferiscono agli organi di cui al capo I titolo III l'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi, si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti, salvo quanto previsto dall'articolo 50, comma 3, e dall'articolo 54. 6. I dirigenti sono direttamente responsabili, in via esclusiva, in relazione agli obiettivi dell'ente, della correttezza amministrativa, della efficienza e dei risultati della gestione. 7. Alla valutazione dei dirigenti degli enti locali si applicano i principi contenuti nell'articolo 5, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, secondo le modalità previste dall'articolo 147 del presente testo unico».

Il successivo art. 109 al comma 2 stabilisce poi che «nei comuni privi di personale di qualifica dirigenziale le funzioni di cui all'articolo 107, commi 2 e 3, fatta salva l'applicazione dell'articolo 97, comma 4, lettera d), possono essere attribuite, a seguito di provvedimento motivato del sindaco, ai responsabili degli uffici o dei servizi, indipendentemente dalla loro qualifica funzionale, anche in deroga a ogni diversa disposizione».

⁴⁵⁷ Per un approfondimento sul punto si rimanda al paragrafo n. 9.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

condizioni di incompatibilità e inconfiribilità e conflitto di interesse⁴⁵⁸.

Sarà prerogativa del Sindaco, successivamente, adottare apposito Decreto - ai sensi dell'art. 50, comma 10⁴⁵⁹, del D.Lgs. n. 267/2000 - di individuazione delle attività esercitabili dall'incaricato riconducibili alle competenze esercitate quale Responsabile di Settore. Al contempo l'ufficio preposto provvederà anche alla comunicazione all'Anagrafe delle prestazioni⁴⁶⁰ del conferito incarico direttivo a titolo gratuito, con pubblicazione di esso

⁴⁵⁸ Il D.Lgs. n. 39/2013 all'art. 1, comma 2, lettere g) e h), definisce l'inconfiribilità e l'incompatibilità nei termini che seguono: «g) inconfiribilità - la preclusione, permanente o temporanea, a conferire gli incarichi previsti dal presente decreto a coloro che abbiano riportato condanne penali per i reati previsti dal capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, a coloro che abbiano svolto incarichi o ricoperto cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati da pubbliche amministrazioni o svolto attività professionali a favore di questi ultimi, a coloro che siano stati componenti di organi di indirizzo politico; h) incompatibilità - l'obbligo per il soggetto cui viene conferito l'incarico di scegliere, a pena di decadenza, entro il termine perentorio di quindici giorni, tra la permanenza nell'incarico e l'assunzione e lo svolgimento di incarichi e cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione che conferisce l'incarico, lo svolgimento di attività professionali ovvero l'assunzione della carica di componente di organi di indirizzo politico». Con riferimento al conflitto d'interesse si richiamano le disposizioni del D.P.R. n. 62/2013, il regolamento recante il codice di comportamento dei dipendenti pubblici. L'art. 6 prevede che «fermi restando gli obblighi di trasparenza previsti da leggi o regolamenti, il dipendente, all'atto dell'assegnazione all'ufficio, informa per iscritto il dirigente dell'ufficio di tutti i rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione con soggetti privati in qualunque modo retribuiti che lo stesso abbia o abbia avuto negli ultimi tre anni, precisando: a) se in prima persona, o suoi parenti o affini entro il secondo grado, il coniuge o il convivente abbiano ancora rapporti finanziari con il soggetto con cui ha avuto i predetti rapporti di collaborazione; b) se tali rapporti siano intercorsi o intercorrano con soggetti che abbiano interessi in attività o decisioni inerenti all'ufficio, limitatamente alle pratiche a lui affidate. Il dipendente si astiene dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti alle sue mansioni in situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi con interessi personali, del coniuge, di conviventi, di parenti, di affini entro il secondo grado. Il conflitto può riguardare interessi di qualsiasi natura, anche non patrimoniali, come quelli derivanti dall'intento di voler assecondare pressioni politiche, sindacali o dei superiori gerarchici». Il successivo art. 7 del citato D.P.R. n. 62/2013 stabilisce che «il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza». Sempre sul conflitto di interesse si richiama l'art. 6-bis delle Legge n. 241/1990 secondo cui «Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale».

⁴⁵⁹ «Il sindaco e il presidente della provincia nominano i responsabili degli uffici e dei servizi, attribuiscono e definiscono gli incarichi dirigenziali e quelli di collaborazione esterna secondo le modalità ed i criteri stabiliti dagli articoli 109 e 110, nonché dai rispettivi statuti e regolamenti comunali e provinciali».

⁴⁶⁰ Ai sensi dell'art. 53, comma 14, del D.Lgs. n. 165/2001 «Al fine della verifica dell'applicazione delle norme di cui all'articolo 1, commi 123 e 127, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, e successive



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

sul sito istituzionale dell'Ente nella sezione *Amministrazione Trasparente* ai sensi del D.Lgs. n. 33/2013⁴⁶¹.

8. L'eventuale rimborso delle spese

Il Dipartimento della Funzione Pubblica, con parere DFP-0011681 del 22 febbraio 2021, si è espresso in merito al rimborso delle spese per gli incarichi gratuiti conferiti a soggetti in quiescenza ai sensi del citato art. 5, comma 9, del decreto-legge n. 95/2012 e successive modifiche.

In particolare si fa chiarezza rispetto a due quesiti: se sia riconoscibile la rimborsabilità dei costi sostenuti dal soggetto interessato per i trasferimenti dal proprio domicilio alla sede di lavoro e se, altresì, sia possibile assentire i rimborsi per le eventuali missioni autorizzate.

Il Dipartimento si è pronunciato nei termini che seguono: «*in relazione al primo quesito, deve constatarsi come la norma preveda che "devono essere rendicontati eventuali rimborsi di spese, corrisposti nei limiti fissati dall'organo competente dell'amministrazione interessata". Il tenore letterale della disposizione consente quindi alle amministrazioni interessate di corrispondere i rimborsi spese in argomento, purché nel rispetto di due specifiche condizioni. La prima attiene al limite dell'importo rimborsabile, per la cui determinazione la norma fa espresso rinvio agli organi competenti delle amministrazioni interessate. In tale contesto, quindi, le amministrazioni - sulla base di proprie valutazioni,*

modificazioni e integrazioni, le amministrazioni pubbliche sono tenute a comunicare al Dipartimento della funzione pubblica, in via telematica, tempestivamente e comunque nei termini previsti dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, i dati di cui agli articoli 15 e 18 del medesimo decreto legislativo n. 33 del 2013, relativi a tutti gli incarichi conferiti o autorizzati a qualsiasi titolo. Le amministrazioni rendono noti, mediante inserimento nelle proprie banche dati accessibili al pubblico per via telematica, gli elenchi dei propri consulenti indicando l'oggetto, la durata e il compenso dell'incarico nonché l'attestazione dell'avvenuta verifica dell'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi. Le informazioni relative a consulenze e incarichi comunicate dalle amministrazioni al Dipartimento della funzione pubblica, nonché le informazioni pubblicate dalle stesse nelle proprie banche dati accessibili al pubblico per via telematica ai sensi del presente articolo, sono trasmesse e pubblicate in tabelle riassuntive rese liberamente scaricabili in un formato digitale standard aperto che consenta di analizzare e rielaborare, anche a fini statistici, i dati informatici. Entro il 31 dicembre di ciascun anno il Dipartimento della funzione pubblica trasmette alla Corte dei conti l'elenco delle amministrazioni che hanno omesso di trasmettere e pubblicare, in tutto o in parte, le informazioni di cui al terzo periodo del presente comma in formato digitale standard aperto. Entro il 31 dicembre di ciascun anno il Dipartimento della funzione pubblica trasmette alla Corte dei conti l'elenco delle amministrazioni che hanno omesso di effettuare la comunicazione, avente ad oggetto l'elenco dei collaboratori esterni e dei soggetti cui sono stati affidati incarichi di consulenza».

⁴⁶¹ PONTI B. (a cura di), *La trasparenza amministrativa dopo il D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Maggioli Editore, Sant'Arcangelo di Romagna (Rn), 2013.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

ferma restando la compatibilità con i vincoli già previsti dalla normativa vigente in materia di contenimento della spesa pubblica - avranno cura di determinare i limiti ed i criteri di eleggibilità delle spese, sia in relazione alle singole voci ammissibili a rimborso che ai criteri ad esse riferiti, dovendosi, in ogni caso, escludere la possibilità di attribuire rimborsi forfezzari. La seconda è riferita alla necessità che tali rimborsi siano rendicontati e quindi supportati dai relativi documenti attestanti gli importi e le circostanze in relazione alle quali si è determinata la spesa. Con riferimento specifico alle spese relative allo spostamento del soggetto incaricato dal proprio domicilio alla sede dell'ente, l'amministrazione dovrà quindi valutare se prevedere tale tipologia di spesa ed i limiti entro cui possa avvenire il rimborso, anche in relazione alla frequenza con la quale gli spostamenti si verificano, all'effettiva distanza percorsa nonché alla possibilità di accedere prioritariamente ai mezzi di trasporto pubblico. Per quanto concerne il secondo quesito, appaiono assentibili, pur sempre nell'ambito del quadro normativo specifico di riferimento, eventuali spese per l'espletamento di missioni, che dovranno, in ogni caso, essere preventivamente autorizzate, riferirsi ad attività effettuate per conto dell'Ente ed attenersi puntualmente al mandato dell'incarico».

È bene sottolineare che il parere è stato reso in termini di indicazioni generali, competendo sempre alle amministrazioni, in autonomia e nell'esercizio delle proprie funzioni, la decisione da assumere in ordine alle modalità applicative delle norme interpretate, relativamente alla specifica situazione.

9. L'esenzione dell'obbligo di osservanza dell'orario d'ufficio

Come si è detto l'incaricato di posizione organizzativa di ruolo è soggetto al rispetto dell'orario di lavoro e tale controllo è assicurato tramite sistemi automatici marcatempo che hanno lo scopo di verificare l'esatto adempimento delle obbligazioni direttamente scaturenti dal rapporto di lavoro ed impedire la perpetrazione di comportamenti illeciti.

Fanno eccezione i soli dirigenti che prestano la propria opera per il tempo necessario al raggiungimento degli obiettivi fissati.

Anche gli incarichi di Posizione Organizzativa conferiti ai dipendenti in quiescenza, nei comuni privi di dirigenza, sembrano legarsi a questa specificità.

I disciplinari d'incarico, frequentemente, esulano l'incaricato da forme di controllo della presenza in servizio e dalla garanzia della durata minima della prestazione "lavorativa" settimanale, essendo questa collegata alla rilevanza ed alle effettive necessità delle funzioni da svolgere, nonché al tempo necessario per raggiungimento degli obiettivi fissati.

È quindi riconosciuta all'ex dipendente in pensione la più ampia flessibilità diretta a conseguire una maggiore conciliazione tra vita lavorativa e vita familiare.

In alcuni casi, per meglio conciliare anche esigenze di ricevimento del pubblico e coordinamento con gli altri uffici dell'ente, vengono individuate delle fasce temporali giornaliere di presenza in ufficio tenendo conto sia delle esigenze organizzative e funzionali



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

dell'ente, sia delle eventuali esigenze dell'incaricato.

Per quanto attiene alle eventuali assenze per "ferie" occorrerà solo dare comunicazione al dirigente dell'ente. Nei casi di assenza o impedimento del titolare di posizione organizzativa il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi può prevedere che le rispettive funzioni vengano assicurate dal dipendente che lo stesso abbia designato a sostituirlo o, in mancanza, da quello più alto in grado. A parità di livello, poi, potrà essere designato quello con maggiore anzianità di servizio nella funzione ricoperta. Potrà essere sempre consentita, ove prevista e in relazione alle competenze, la sostituzione del responsabile di area ad opera del Segretario Comunale.

10. Il disciplinare d'incarico

Il Responsabile dell'ufficio personale e l'ex dipendente in quiescenza sottoscriveranno una specifica convenzione, da valere a tutti gli effetti di legge.

Richiamati, in premessa, l'atto presupposto e la nota di manifestata disponibilità della persona individuata allo svolgimento dell'incarico, appare opportuno strutturare il disciplinare in pochi, essenziali, articoli.

Si partirà dalla natura giuridica dell'incarico legata, come detto, all'art. 5, comma 9, del decreto-legge n. 95/2012 (convertito, con modificazioni, dalla Legge n. 135/2012), come poi variato dall'art. 17, comma 3, della Legge n. 124/2015.

Il successivo articolo riguarderà l'oggetto, la finalità, la durata e i limiti del rapporto. Si darà atto che la convenzione disciplina un incarico direttivo di settore, con funzioni di coordinamento dello stesso, potere di impegno dell'amministrazione verso l'esterno e firma per tutti gli atti di competenza.

La convenzione avrà la durata *ope legis* di un anno, salvo eventuali recessi, revoche nonché modifiche o integrazioni che potranno essere consensualmente effettuate, per iscritto, dalle parti.

Qualora esigenze funzionali ed operative rendano necessaria la modifica del disciplinare, con particolare riferimento ai tempi di lavoro e alle modalità di utilizzo, l'amministrazione provvederà, ove possibile, alla modifica della stessa con atti integrativi della stessa natura.

L'Ente potrà comunque determinare una scadenza anticipata dell'incarico, senza necessità di ulteriori formalità, attraverso una semplice comunicazione. Il rapporto giuridico, in genere, può essere sciolto anche nei seguenti casi: danno all'immagine dell'ente, sospensione ingiustificata della prestazione e reiterata inosservanza e degli obblighi stabiliti.

L'incarico, ai sensi della vigente normativa, non potrà essere né rinnovato, né prorogato.

All'incaricato verrà chiesto di rendere prestazioni lavorative riconducibili al ruolo di Responsabile di settore già esercitato, con potere di impegno dell'amministrazione verso l'esterno e con possibilità di utilizzare tutte le strumentazioni necessarie per il corretto



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

espletamento dell'incarico in oggetto.

Il dipendente in quiescenza, durante la vigenza dell'incarico, sarà tenuto ad osservare le direttive impartite dal Sindaco e dalla Giunta Comunale.

Gli organi politici - che risultano privi di poteri di amministrazione concreta, ma che comunque rispondono dell'eventuale inefficienza dell'azione amministrativa con la loro responsabilità politica, devono essere in grado di controllare l'operato della posizione organizzativa incaricata che dovrà uniformare la sua condotta a tutte le disposizioni di legge, nonché al codice di comportamento dei dipendenti pubblici e quello adottato dal Comune.

Nei rapporti con l'Amministrazione l'incaricato dovrà, poi, ispirarsi ai principi di collaborazione ed adoperarsi per assicurare l'espletamento dell'incarico assegnatogli nel migliore dei modi.

Egli sarà tenuto, inoltre, a mantenere il segreto d'ufficio e la riservatezza e non potrà dare informazioni o comunicazioni relative a provvedimenti, atti, fatti e notizie di qualsiasi natura di cui sia venuto a conoscenza.

L'incaricato non potrà partecipare, in qualità di RUP, ad appalti, forniture, concessioni ed attività in cui sia interessato l'Ente ed è sottoposto alla disciplina sulle incompatibilità e le norme del Codice di Comportamento nazionale e comunale.

Nello svolgimento della sua attività il dipendente in quiescenza non maturerà congedi, permessi, aspettative, ferie fatta salva la situazione di malattia, comunque, documentata.

L'incaricato di p.o. sarà direttamente responsabile, in via esclusiva, con riguardo agli obiettivi dell'ente, alla correttezza amministrativa, alla efficienza e ai risultati della gestione. Risponderà, altresì, dei danni arrecati nell'esercizio delle sue funzioni con dolo o colpa grave all'amministrazione o ai terzi.

Un altro articolo riguarderà, poi, i compensi. L'Ente - sulla base di proprie valutazioni e ferma restando la compatibilità con i vincoli dettati dalla normativa vigente in materia di contenimento della spesa pubblica - avrà cura di determinare i limiti ed i criteri di eleggibilità delle spese, sia in relazione alle singole voci ammissibili a rimborso dovendosi, in ogni caso, escludere la possibilità di attribuire rimborsi forfettari. Andranno chiarite anche le modalità di rendiconto di tali rimborsi, che dovranno essere quindi supportati da documenti fiscali attestanti gli importi e le circostanze in relazione alle quali si è determinata la spesa. Con riferimento ai costi relativi allo spostamento del soggetto incaricato dal proprio domicilio alla sede dell'ente, l'amministrazione sarà chiamata a valutare se prevedere tale tipologia di spesa ed i limiti entro cui possa avvenire il rimborso, anche in relazione alla frequenza con la quale gli spostamenti si verificano, all'effettiva distanza percorsa, nonché alla possibilità di accedere prioritariamente ai mezzi di trasporto pubblico.

La seconda opzione è poi quella di specificare in convenzione che l'incarico sarà totalmente gratuito e, come spesso accade in questi casi, si riterrà escluso anche qualsiasi rimborso spesa e qualsiasi tipo di ristoro economico. L'ente resterà responsabile unicamente dell'onere della stipula di una polizza assicurativa per infortunio, responsabilità civile e malattie connesse allo svolgimento dell'attività stessa, nonché del rispetto degli adempimenti previsti dal D.Lgs. n. 81/2008 in materia di sicurezza sul lavoro.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

L'insussistenza di cause di inconferibilità, incompatibilità e conflitto di interesse troverà spazio in un successivo articolo della convenzione. Ai fini del conferimento dell'incarico, infatti, andranno osservate le disposizioni della normativa vigente in materia e, con la sottoscrizione del disciplinare, si attesterà l'insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interesse.

Altro punto sarà relativo alla pubblicità. Ai sensi dell'art. 15⁴⁶², comma 1, del D.Lgs n. 33/2013 i contratti di conferimento di incarichi direttivi a soggetti in quiescenza dovranno essere pubblicati sul sito istituzionale dell'Ente nella sezione *Amministrazione Trasparente*, nonché comunicati all'Anagrafe delle prestazioni come detto in precedenza.

Segue l'articolo relativo alla normativa in materia di trattamento di dati personali e codice di comportamento.

La convenzione si chiuderà, infine, con l'indicazione del foro competente per ogni controversia inerente all'incarico.

10. La stipula della polizza assicurativa

L'INAIL, con nota 60010 dell'8 marzo 2017, ha fornito importanti chiarimenti in merito alla corretta copertura assicurativa da applicare in caso di affidamento di incarichi gratuiti a dipendenti in pensione da parte delle pubbliche amministrazioni.

⁴⁶² «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 9-bis e fermi restando gli obblighi di comunicazione di cui all'articolo 17, comma 22, della legge 15 maggio 1997, n. 127, le pubbliche amministrazioni pubblicano e aggiornano le seguenti informazioni relative ai titolari di incarichi di collaborazione o consulenza: a) gli estremi dell'atto di conferimento dell'incarico; b) il curriculum vitae; c) i dati relativi allo svolgimento di incarichi o la titolarità di cariche in enti di diritto privato regolati o finanziati dalla pubblica amministrazione o lo svolgimento di attività professionali; d) i compensi, comunque denominati, relativi al rapporto di consulenza o di collaborazione, con specifica evidenza delle eventuali componenti variabili o legate alla valutazione del risultato. La pubblicazione degli estremi degli atti di conferimento di incarichi di collaborazione o di consulenza a soggetti esterni a qualsiasi titolo per i quali è previsto un compenso, completi di indicazione dei soggetti percettori, della ragione dell'incarico e dell'ammontare erogato, nonché la comunicazione alla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica dei relativi dati ai sensi dell'articolo 53, comma 14, secondo periodo, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni, sono condizioni per l'acquisizione dell'efficacia dell'atto e per la liquidazione dei relativi compensi. Le amministrazioni pubblicano e mantengono aggiornati sui rispettivi siti istituzionali gli elenchi dei propri consulenti indicando l'oggetto, la durata e il compenso dell'incarico. Il Dipartimento della funzione pubblica consente la consultazione, anche per nominativo, dei dati di cui al presente comma. In caso di omessa pubblicazione di quanto previsto al comma 2, il pagamento del corrispettivo determina la responsabilità del dirigente che l'ha disposto, accertata all'esito del procedimento disciplinare, e comporta il pagamento di una sanzione pari alla somma corrisposta, fatto salvo il risarcimento del danno del destinatario ove ricorrano le condizioni di cui all'articolo 30 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104. Le pubbliche amministrazioni pubblicano i dati di cui ai commi 1 e 2 entro tre mesi dal conferimento dell'incarico e per i tre anni successivi alla cessazione dell'incarico».



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Nel documento si evidenzia che *«ai fini della corresponsione dell'obbligo assicurativo [...] non è rilevante la gratuità dell'incarico conferito, quanto piuttosto la qualificazione che la stessa amministrazione conferente intende dare al rapporto che va ad instaurare con il soggetto in relazione all'oggetto della prestazione dedotta nell'atto di conferimento o nel contratto. La disciplina recata dalla disposizione [...], non avendo carattere innovativo rispetto alla natura giuridica degli incarichi ivi contemplati e alle modalità di conferimento degli stessi, di natura amministrativa o contrattuale, non comporta, pertanto, novità rispetto all'assolvimento degli obblighi assicurativi connessi allo svolgimento degli incarichi ivi contemplati che potranno continuare ad essere assolti secondo le modalità già praticate antecedentemente all'entrata in vigore della disciplina di cui all'art. 5, comma 9, del decreto-legge n. 95 del 2012, in ragione della natura giuridica della qualificazione attribuita dalla stessa Amministrazione in sede di attribuzione dell'incarico. Tali obblighi assicurativi, pertanto, dovranno essere assolti con le modalità della speciale "gestione per conto" o della gestione assicurativa ordinaria, a seconda che il soggetto assicurante sia destinatario dell'una o dell'altra modalità e, nel caso di Amministrazioni pubbliche rientranti nella gestione per conto, della natura del rapporto di lavoro instaurato (lavoratore dipendente o meno). Pertanto, ove l'amministrazione conferente qualifichi l'incarico, ad esempio, quale collaborazione coordinata e continuativa scatterà l'obbligo assicurativo nella forma della gestione ordinaria, in presenza dei requisiti del coordinamento con il committente, della personalità e della continuità nelle prestazioni lavorative, dalle quali consegue l'esposizione dei soggetti in questione agli stessi rischi ai quali sono esposti tutti gli altri lavoratori addetti alle medesime lavorazioni. Quanto precede vale anche per le Amministrazioni statali rientranti nella "gestione per conto" di cui all'art. 127 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n.1124, in quanto l'applicazione dell'obbligo assicurativo alle categorie dei lavoratori parasubordinati configura una disciplina speciale e quindi trova attuazione anche per tali Amministrazioni. Infatti, i rapporti assicurativi dei lavoratori parasubordinati non sono ricompresi nella "gestione per conto" che attiene esclusivamente al personale dipendente dalle Amministrazioni Statali, secondo le disposizioni emanate con il Decreto Ministeriale del 10 ottobre 1985 (G. U. 46 del 25 febbraio 1986). Diversamente, ove gli incarichi gratuiti siano inquadrati dall'amministrazione conferente nell'ambito di un rapporto di lavoro autonomo, in assenza dei requisiti del coordinamento con l'attività del committente e della continuità nella esecuzione delle prestazioni, non potrà trovare attuazione l'obbligo assicurativo Inail, in assenza di un'apposita norma di riferimento».*

12. Il decreto sindacale di attribuzione dell'incarico

Tra le prerogative del primo cittadino di un Comune figura la possibilità di adottare



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

decreti finalizzati al buon andamento⁴⁶³ della macchina amministrativa. Per effetto di questo provvedimento amministrativo, emanato da un organo del potere esecutivo, vengono nominati i responsabili degli uffici e dei servizi e si attribuiscono incarichi ai dirigenti. Il fondamento normativo è insito all'art. 50 del D.Lgs. n. 267/2000 a tenore del quale «*Il sindaco [...] nomina i responsabili degli uffici e dei servizi, attribuisce e definiscono gli incarichi dirigenziali e quelli di collaborazione esterna secondo le modalità ed i criteri stabiliti dagli articoli 109⁴⁶⁴ e 110⁴⁶⁵, nonché dai rispettivi statuti e regolamenti comunali*

⁴⁶³ Per un approfondimento sul tema si rimanda a: ROMANO S., *Principi di diritto amministrativo*, Società Ed. Libreria, Milano, 1912 - ROSSI G.P., *Diritto amministrativo - Principi*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2005.

⁴⁶⁴ «*Gli incarichi dirigenziali sono conferiti a tempo determinato, ai sensi dell'articolo 50, comma 10, con provvedimento motivato e con le modalità fissate dal regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, secondo criteri di competenza professionale, in relazione agli obiettivi indicati nel programma amministrativo del sindaco o del presidente della provincia e sono revocati in caso di inosservanza delle direttive del sindaco o del presidente della provincia, della giunta o dell'assessore di riferimento, o in caso di mancato raggiungimento al termine di ciascun anno finanziario degli obiettivi assegnati nel piano esecutivo di gestione previsto dall'articolo 169 o per responsabilità particolarmente grave o reiterata e negli altri casi disciplinati dai contratti collettivi di lavoro. L'attribuzione degli incarichi può prescindere dalla precedente assegnazione di funzioni di direzione a seguito di concorsi. Nei comuni privi di personale di qualifica dirigenziale le funzioni di cui all'articolo 107, commi 2 e 3, fatta salva l'applicazione dell'articolo 97, comma 4, lettera d), possono essere attribuite, a seguito di provvedimento motivato del sindaco, ai responsabili degli uffici o dei servizi, indipendentemente dalla loro qualifica funzionale, anche in deroga a ogni diversa disposizione».*

⁴⁶⁵ «*Lo statuto può prevedere che la copertura dei posti di responsabili dei servizi o degli uffici, di qualifiche dirigenziali o di alta specializzazione, possa avvenire mediante contratto a tempo determinato. Per i posti di qualifica dirigenziale, il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi definisce la quota degli stessi attribuibile mediante contratti a tempo determinato, comunque in misura non superiore al 30 per cento dei posti istituiti nella dotazione organica della medesima qualifica e, comunque, per almeno una unità. Fermi restando i requisiti richiesti per la qualifica da ricoprire, gli incarichi a contratto di cui al presente comma sono conferiti previa selezione pubblica volta ad accertare, in capo ai soggetti interessati, il possesso di comprovata esperienza pluriennale e specifica professionalità nelle materie oggetto dell'incarico. Il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, negli enti in cui è prevista la dirigenza, stabilisce i limiti, i criteri e le modalità con cui possono essere stipulati, al di fuori della dotazione organica, contratti a tempo determinato per i dirigenti e le alte specializzazioni, fermi restando i requisiti richiesti per la qualifica da ricoprire. Tali contratti sono stipulati in misura complessivamente non superiore al 5 per cento del totale della dotazione organica della dirigenza e dell'area direttiva e comunque per almeno una unità. Negli altri enti, il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi stabilisce i limiti, i criteri e le modalità con cui possono essere stipulati, al di fuori della dotazione organica, solo in assenza di professionalità analoghe presenti all'interno dell'ente, contratti a tempo determinato di dirigenti, alte specializzazioni o funzionari dell'area direttiva, fermi restando i requisiti richiesti per la qualifica da ricoprire. Tali contratti sono stipulati in misura complessivamente non superiore al 5 per cento della dotazione organica dell'ente arrotondando il prodotto all'unità superiore, o ad una unità negli enti con una dotazione organica inferiore alle 20 unità. I contratti di cui ai precedenti commi non possono avere durata superiore al mandato elettivo del sindaco o del presidente della provincia in carica. Il trattamento economico, equivalente a quello previsto dai vigenti contratti collettivi nazionali e decentrati per il personale degli enti locali, può essere integrato, con provvedimento motivato della*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

[...]]».

Per l'incarico di Responsabile di Posizione Organizzativa conferito ai sensi della normativa in commento il decreto sarà strutturato partendo dalla menzione dell'atto presupposto e del Disciplinare di conferimento d'incarico sottoscritto tra l'Ente - in persona del Responsabile dell'Ufficio Personale - e l'ex dipendente in quiescenza.

È rilevante, sempre nel preambolo, operare un richiamo all'art. 4, comma 2, del D.Lgs. n. 165/2001, a mente del quale *«ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati»*.

Al pari andrà richiamato il contenuto dell'art. 107 del D.Lgs. n. 267/2000 in riferimento alle funzioni e responsabilità della dirigenza⁴⁶⁶.

Nel caso di specie andrà evidenziato che l'Ente non dispone, nella propria dotazione organica, di figure aventi qualifica dirigenziale e, pertanto, la disciplina dell'assegnazione degli incarichi apicali è regolata dall'art. 109 del D.Lgs. n. 267/2000 e dalle disposizioni contrattuali.

In conseguenza le funzioni di cui all'articolo 107, commi 2 e 3, fatta salva l'applicazione del precedente art. 97⁴⁶⁷, comma 4, lettera d), possono essere attribuite, a

giunta, da una indennità ad personam, commisurata alla specifica qualificazione professionale e culturale, anche in considerazione della temporaneità del rapporto e delle condizioni di mercato relative alle specifiche competenze professionali. Il trattamento economico e l'eventuale indennità ad personam sono definiti in stretta correlazione con il bilancio dell'ente e non vanno imputati al costo contrattuale e del personale. Il contratto a tempo determinato è risolto di diritto nel caso in cui l'ente locale dichiara il dissesto o venga a trovarsi nelle situazioni strutturalmente deficitarie. Per il periodo di durata degli incarichi di cui ai commi 1 e 2 del presente articolo nonché dell'incarico di cui all'articolo 108, i dipendenti delle pubbliche amministrazioni sono collocati in aspettativa senza assegni, con riconoscimento dell'anzianità di servizio. Per obiettivi determinati e con convenzioni a termine, il regolamento può prevedere collaborazioni esterne ad alto contenuto di professionalità».

⁴⁶⁶ DE MARZIO G. e TOMEI R., *Commentario al Testo Unico sugli Enti Locali*, Cedam, Padova, 2002.

⁴⁶⁷ *«Il segretario sovrintende allo svolgimento delle funzioni dei dirigenti e ne coordina l'attività, salvo quando ai sensi e per gli effetti del comma 1 dell'articolo 108 il sindaco e il presidente della provincia abbiano nominato il direttore generale. Il segretario inoltre: a) partecipa con funzioni consultive, referenti e di assistenza alle riunioni del consiglio e della giunta e ne cura la verbalizzazione; b) esprime il parere di cui all'articolo 49, in relazione alle sue competenze, nel caso in cui l'ente non abbia responsabilità dei servizi; c) roga, su richiesta dell'ente, i contratti nei quali l'ente è parte e autentica scritture private ed atti unilaterali nell'interesse dell'ente; d) esercita ogni altra funzione attribuitagli dallo statuto o dai regolamenti, o conferitagli dal sindaco o dal presidente della provincia; e) esercita le funzioni di direttore generale nell'ipotesi prevista dall'articolo 108, comma 4. Il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi, può prevedere un vicesegretario per coadiuvare il segretario e sostituirlo nei casi di vacanza, assenza o impedimento. Il rapporto di*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

seguito di provvedimento motivato del Sindaco, ai Responsabili degli uffici o dei servizi, indipendentemente dalla loro qualifica funzionale, anche in deroga a ogni diversa disposizione.

Nel decreto si prenderà atto, altresì, che l'ex dipendente è appartenuto alla categoria D, secondo la vigente declaratoria della contrattazione collettiva nazionale applicabile, al Comparto Regioni - Autonomie Locali e che la propria attività direttiva si è concretizzata nel tempo (e dovrà caratterizzarsi nell'ambito dell'incarico gratuito) per attività connotate da adeguate conoscenze ed esperienza pluriennale; contenuto di tipo tecnico, gestionale o direttivo con responsabilità di risultati relativi ad importanti e diversi procedimenti riguardanti il settore; relazioni organizzative interne di natura negoziale e complessa, gestite anche tra unità organizzative diverse da quella di appartenenza, relazioni esterne con altre istituzioni di tipo diretto; relazioni con gli utenti di natura diretta - anche complesse - e negoziale.

Si opererà, successivamente, un richiamo al Regolamento dell'ordinamento degli uffici e dei servizi, nonché dei relativi strumenti organizzativi attualmente vigenti in materia di gestione delle risorse umane (tra i quali, in particolare, la dotazione organica e l'organigramma dell'Ente), menzionando l'articolazione dei settori. Particolare attenzione andrà prestata nella redazione del dispositivo, che costituisce proprio l'atto di volontà della Pubblica Amministrazione. Nel caso *de quo* si decreterà, quindi, di conferire al dipendente in quiescenza l'incarico di titolare della posizione organizzativa di uno specifico settore, indicando la decorrenza dello stesso e specificando la durata annuale, la non rinnovabilità e la gratuità della prestazione.

Si stabilirà, poi, che all'incaricato spetterà la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti, nel rispetto del principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo politico-amministrativo sono ascriviti agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali.

Si indicherà che, allo stesso, è affidata l'esecuzione di tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale, di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108 del D.Lgs. n. 267/2000.

Con il medesimo decreto si procederà, indi, all'attribuzione di tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare: a) gli atti di gestione finanziaria, ivi compresa l'assunzione di impegni di spesa; b) gli atti di amministrazione e gestione del personale; c) la stipulazione dei contratti; d) le attestazioni, certificazioni, comunicazioni, diffide, verbali,

lavoro dei segretari comunali e provinciali è disciplinato dai contratti collettivi ai sensi del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni ed integrazioni».



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

autenticazioni, legalizzazioni ed ogni altro atto costituente manifestazione di giudizio e di conoscenza; e) gli atti ad essi attribuiti dallo statuto e dai regolamenti o, in base a questi, delegati dal sindaco. Si darà atto che, per effetto della nomina in parola, sono assegnate le risorse umane che risultano dal Piano Esecutivo di Gestione dell'anno di riferimento, le risorse strumentali che risultano in dotazione ai servizi e le risorse finanziarie da gestire sono quelle risultanti dai documenti di Bilancio, come approvate dagli organi comunali a ciò deputati.

Andrà, ovviamente, precisato (come già indicato nel disciplinare) che l'incaricato non potrà partecipare, in qualità di RUP, ad appalti, forniture, concessioni ed attività in cui sia interessato l'Ente ed è sottoposto alla disciplina sulle incompatibilità e le norme del Codice di Comportamento nazionale e comunale.

È bene ribadire anche che l'incarico, per la sua natura gratuita, benché venga riconosciuto un rimborso spese, non comporterà alcuna attribuzione di indennità di posizione e di risultato.

Nel periodo d'incarico presso il Comune l'ex dipendente sarà tenuto ad osservare le direttive impartite dal Sindaco e dalla Giunta Comunale e dovrà uniformare la sua condotta alle leggi ed ai Regolamenti.

13. Osservazioni conclusive

Negli Enti privi di dirigenza il ruolo apicale è assunto dai dipendenti di categoria D, congiuntura pratica tra politica e amministrazione, a cui viene conferita la titolarità della posizione organizzativa.

Sono proprio loro a rappresentare il traino dell'azione amministrativa per il raggiungimento degli obiettivi fissati dall'organo esecutivo.

Il noto principio del buon andamento dell'azione amministrativa indirizza la p.a. a perseguire la migliore realizzazione dell'interesse pubblico e, con riferimento alla costituzione di un rapporto di lavoro di natura dirigenziale, è essenziale l'espletamento di procedure imparziali e obiettive in grado di garantire la selezione delle migliori risorse umane.

Se si tiene conto che, sovente, il settore diretto dal funzionario titolare di posizione organizzativa è retto da pochissimi dipendenti, ben si comprende come l'improvvisa vacanza del posto di Responsabile, oltre a rappresentare un grave *vulnus* per tutta l'attività dell'Ente, determina anche la fondata preoccupazione di non riuscire a concludere adempimenti rilevanti.

Da qui la necessità, indispensabile, di individuare soluzioni alternative che consentano alla macchina amministrativa di non subire interruzioni e all'ex dipendente di concludere le procedure avviate durante il servizio, per le quali sono richieste specifiche conoscenze ed informazioni storiche non rinvenibili tra il personale in dotazione all'ufficio. Il tutto nelle more dell'indizione della procedura finalizzata al reclutamento, in tempi brevi, di personale.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

La possibilità di conferire ad un ex dipendente di categoria D un incarico direttivo rappresenta, quindi, una ipotesi di carattere eccezionale attuabile solo in presenza di specifici requisiti posseduti dal lavoratore.

Per l'individuazione della persona idonea a ricoprire tale ruolo, come si è detto, è necessario attuare il criterio della competenza professionale, tenendo in debita evidenza le caratteristiche dell'azione di governo che l'Ente dovrà predisporre.

L'articolo 5, comma 9, del decreto-legge 95/2012 prevede, in modo diretto e senza deroghe, un impedimento generalizzato al conferimento di incarichi dirigenziali o direttivi a soggetti in pensione, facendo salvi i soli incarichi a titolo gratuito per una durata non superiore a un anno, non prorogabile, né rinnovabile.

Sul punto va evidenziato come l'attribuzione dell'incarico sia strettamente funzionale all'interesse dell'ente piuttosto che del soggetto in quiescenza, tenuto conto che la pubblica amministrazione provvede al conferimento di propria iniziativa e non su domanda dell'interessato a cui viene richiesta la sola disponibilità.

Avuto riguardo dei limiti legati al compimento dei 67 anni, l'amministrazione sarà tenuta a valutare prudentemente la compatibilità dell'incarico con la gratuità, la durata massima, le responsabilità e i meccanismi di valutazione connessi all'incarico. Perché se da un lato la conferita posizione organizzativa ad un ex dipendente a riposo si caratterizza per l'elevata professionalità in termini gestionali, l'autonomia decisionale e i poteri di coordinamento e controllo del settore, dall'altro incontra precisi limiti operativi laddove è richiesto un inquadramento formale nei ruoli della pubblica amministrazione.

Le Amministrazioni, quindi, in autonomia e nell'esercizio delle proprie funzioni, valuteranno in maniera ponderata le decisioni da assumere in ordine alle modalità applicative delle norme richiamate in questo approfondimento giuridico, calando il caso alla specifica situazione del proprio ente.



Alla ricerca di un paradigma giuridico della decisione amministrativa algoritmica

di Pietro Falletta*

31 marzo 2022

Sommario: 1. La scelta giuridica nel contesto tecnologico, tra atomi temporali e infinite possibilità. – 2. I rischi connessi all'uso degli algoritmi non deterministici. – 3. La necessità di un differente paradigma giuridico. – 4. Considerazioni conclusive: equilibrio sistemico e mediazione giuridica sullo sviluppo dell'IA.

Abstract: Negli ultimi anni, l'intelligenza artificiale ha permesso l'automatizzazione di procedure complesse nell'azione pubblica, utilizzando algoritmi nei procedimenti amministrativi e creando una relazione tra macchina e uomo. Tuttavia, questa relazione è spesso sbilanciata dall'azione di due fondamentali fattori dell'evoluzione tecnologica: la percezione del tempo e la misura delle possibilità. Questi fattori influenzano l'operato del decisore pubblico che, a differenza che in passato, dispone di strumenti sempre più avanzati. Il presente elaborato esamina la condizione del decisore pubblico dell'ambiente tecnologico attuale e la necessità di interventi normativi e organizzativi per accelerare processi troppo lenti e abbandonare formule obsolete.

In recent years, artificial intelligence has enabled the automation of complex procedures in public action, using algorithms in administrative procedures and creating a relationship between machine and human. However, this relationship is often unbalanced by the action of two fundamental factors of technological evolution: the perception of time and the measurement of possibilities. These factors influence the actions of the public decision maker who, unlike in the past, has increasingly advanced tools at his disposal. This paper examines the condition of the public decision maker in today's technological environment and the need for regulatory and organizational interventions to accelerate processes that are too slow and abandon outdated formulas.

1. La scelta giuridica nel contesto tecnologico, tra atomi temporali e infinite possibilità

Nel *Rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato*, presentato alle Camere il 16 novembre 1979, Massimo Severo Giannini già evidenziava il ruolo sempre più

* Ricercatore di Diritto amministrativo, Università degli Studi dell'Insubria.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

pregnante delle tecnologie informatiche nell'esercizio della funzione pubblica⁴⁶⁸. In modo evidentemente profetico, egli osservò che gli elaboratori elettronici, dapprima utilizzati soltanto per la registrazione di dati complessi, sarebbero diventati col tempo «apparecchi di accertamento e verifica, di calcolo e di partecipazione a fasi procedurali di istruttoria, ed infine di decisione».

A distanza di oltre quarant'anni, l'utilizzo delle ICTs ha effettivamente permeato anche il dispiegarsi dell'azione pubblica, che viene spinta verso un livello sempre più avanzato di automazione ed interconnessione. Oggi, attraverso l'innovazione tecnologica, è possibile non solo automatizzare procedure che richiedono l'analisi di numerosi dati e informazioni, ma anche svolgere compiti sin qui preclusi come, ad esempio, effettuare calcoli altamente probabilistici sul verificarsi di determinati eventi, o scoprire correlazioni e inferenze tra i dati analizzati.

In tale contesto, la decisione giuridica è sempre più destinata a divenire il risultato di un procedimento "*entre le machine et l'humain*"⁴⁶⁹, in cui le formule algoritmiche offrono il vantaggio di risolvere questioni complesse con strumenti estremamente potenti e razionali, mentre l'individuo garantisce il corretto funzionamento dei procedimenti di calcolo e la loro rispondenza a principi e regole del diritto amministrativo⁴⁷⁰.

Questa relazione tra uomo e macchina non è, tuttavia, sempre compiuta e pacifica ma risulta costantemente sbilanciata dall'azione di due macro-fattori intrinseci all'evoluzione tecnologica e che rilevano specialmente nell'ambito riservato alla scelta giuridica, ossia la percezione del tempo e la misura delle possibilità.

La dimensione temporale conosce nell'era digitale un'estrema compressione sino ad assumere un significato atomistico nella percezione individuale. A tal riguardo, la considerazione diffusa secondo cui il fenomeno giuridico non è più in grado di precedere i fatti umani e, pertanto, le attività e i rapporti che li connotano, deriva proprio dall'evidente inadeguatezza dei tempi di regole e procedure giuridiche rispetto alla velocità dei bit che accelerano lo svolgimento di ogni fenomeno.

Alla compressione e parcellazione temporale corrisponde l'enorme dilatazione della sfera delle possibilità, ossia della capacità umana di svolgere attività non più precluse grazie all'evoluzione tecnologica.

Il riflesso di tali fenomeni sull'operato del decisore pubblico è un evidente potenziamento e, insieme, stravolgimento, degli strumenti cui egli può ricorrere adesso, sempre più distanti da quelli tradizionali. Chi deve perseguire l'interesse pubblico ha, infatti, oggi a disposizione, non solo, formule algoritmiche che, partendo da una serie di dati iniziali, si limitano a seguire un calcolo lineare verso un risultato prevedibile a *priori*, ma anche

⁴⁶⁸ M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell'Amministrazione dello Stato*, evidenziava già allora che «i sistemi amministrativi non servono più alle amministrazioni per fatti di gestione interna, ma servono proprio per amministrare, si proiettano cioè sempre più verso l'esterno».

⁴⁶⁹ D. BOURCIER, *La decision artificielle. Le droit, la machine et l'humain*, Paris, 1995.

⁴⁷⁰ Sul punto, cfr. G. ORSONI-E D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2019, pp. 593 ss.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

prodotti dell'intelligenza artificiale di natura non deterministica, giacché costituiti da operazioni di calcolo che, a partire da un insieme di dati, portano a risultati diversi in relazione alle scelte compiute nel corso della procedura⁴⁷¹. Si tratta, in particolare, di strumenti che attraverso sistemi automatici di apprendimento producono, altrettanto automaticamente, criteri di inferenza, non prevedibili né comprensibili da parte degli stessi programmatori⁴⁷². Tali sistemi risultano, tuttavia, imprescindibili perché permettono di sfruttare al massimo il valore dei dati, consentendo alle amministrazioni di utilizzare le informazioni a disposizione per svolgere proiezioni future e assumere, quindi, decisioni di "comprovata predittività"⁴⁷³.

Le criticità che derivano dalla scelta in favore di algoritmi di questo tipo sono, tuttavia, numerose e inevitabili all'interno dell'attuale contesto giuridico, nazionale e sovranazionale, specie in relazione alla tutela della persona⁴⁷⁴.

2. I rischi connessi all'uso degli algoritmi non deterministici

⁴⁷¹ Sul funzionamento degli algoritmi non deterministici, cfr. E. ALPAYDIN, *Introduction to Machine Learning*, Cambridge-London, 2010, p. 1 ss. e F. PASQUALE, *The black box society: The secret algorithms that control money and information*, Cambridge-London, 2015, p. 3, il quale chiarisce così il dilemma del funzionamento algoritmico come una «black box»: «The term "black box" is a useful metaphor for doing so, given its own dual meaning. It can refer to a recording device, like the data-monitoring systems in planes, trains, and cars. Or it can mean a system whose workings are mysterious; we can observe its inputs and outputs, but we cannot tell how one becomes the other. We face these two meanings daily: tracked ever more closely by firms and government, we have no clear idea of just how far much of this information can travel, how it is used, or its consequences».

⁴⁷² A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal-Rivista di BioDiritto*, 2019, pp. 78-79; S. VERNILE, *Verso la decisione amministrativa algoritmica*, in *Medialaws – Rivista di diritto dei media*, 2, 2020, pp. 147 ss; F. COSTANTINO, *Rischi e opportunità del ricorso delle amministrazioni alle predizioni dei big data*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2019, 43 ss.

⁴⁷³ Sull'uso predittivo dei dati, cfr. M. MACIEJEWSKI, *To do more, better, faster and more cheaply: using big data in public administration*, in *Int. Rev. Admin. Sciences*, 2017, pp. 120 ss.; R. ANGELINI, *Intelligenza artificiale e governance. Alcune riflessioni di sistema*, in *astrid-online.it*, 2017. Sulla rilevanza dei dati nel processo decisionale dell'Amministrazione, cfr. G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2018; E. CARLONI, *La qualità delle informazioni pubbliche. L'esperienza italiana nella prospettiva comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 155; M. FALCONE, *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 601; F. COSTANTINO, *Intelligenza artificiale e decisioni amministrative*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, fasc. 8, 2017, pp. 357 ss.; M. TRESCA, *Big data, open data e algoritmi: i dati al servizio della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, p. 546. Sulle criticità nella raccolta di big data da parte del decisore pubblico, cfr. D.L. RUBINFELD - M.S. GAL, *Access Barriers to Big Data*, in *Arizona Law Review*, 2017, pp. 339 ss.

⁴⁷⁴ Sul punto, B. CAROTTI, *Algoritmi e poteri pubblici: un rapporto incendiario*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2020, p. 9, evidenzia che «i problemi che tali meccanismi pongono in tema di tutela della persona sono siderali, quanto a riservatezza compressione, ingerenza del potere pubblico nella sfera privata: si tratta obiettivamente di un grande occhio divenuto realtà».



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Sofisticati strumenti di *Machine learning* e *deep learning* rischiano di essere incompatibili, anzitutto, con il *right to a good administration* sancito dall'art. 42 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali, che tutela il diritto dell'individuo di venire adeguatamente informato sulle ragioni della decisione da cui può subire effetti avversi⁴⁷⁵. L'autonoma razionalità di queste forme di intelligenza artificiale può, altresì, disorientare l'azione di bilanciamento che sta a fondamento della decisione amministrativa, nonché il principio dell'imputabilità pubblica dell'atto e della conseguente responsabilità per la sua adozione⁴⁷⁶.

Sono rischi che non sono passati ovviamente inosservati a chi deve regolare o verificare la legittimità delle decisioni algoritmiche e, in proposito, sono già copiosi e rilevanti gli interventi degli organi europei e del nostro giudice amministrativo volti a mettere ordine in un contesto così delicato.

Sul versante europeo, si è scelto, anzitutto, di insistere – a partire dalla Strategia europea per l'IA del 2018⁴⁷⁷ sino alla recentissima Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale⁴⁷⁸ – su taluni principi fondamentali che devono rappresentare il parametro di legalità delle decisioni algoritmiche. Al riguardo, è stato riconosciuto particolare rilievo all'intelligibilità di tali decisioni e, quindi, alla necessità di «garantire la massima trasparenza in merito all'uso degli algoritmi e dell'intelligenza artificiale per fare in modo che le persone, quando interagiscono con essi, siano autonome, responsabili e informate»⁴⁷⁹. Pari rilievo è stato riconosciuto all'auspicio che i sistemi algoritmici si basino su insiemi di dati adeguati al fine di evitare discriminazioni illecite⁴⁸⁰ e

⁴⁷⁵ A. SIMONCINI, cit., p. 78. R. CALO, *Artificial Intelligence Policy: a Primer and Roadmap*, in *51 University of California Davis Law Review*, 2017, pp. 413-415. J.-B. AUBY, *Le droit administrative face aux défis du numérique*, in *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2018, pp. 835 ss.

⁴⁷⁶ I.M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Istituzioni del federalismo*, 3, 2019, p. 645, si chiede «se gli standard e le garanzie che abbiamo originariamente sviluppato nel diritto amministrativo come scienza giuridica siano ancora utili o se, invece, bisogna cominciare a trovarne altre».

⁴⁷⁷ La strategia europea per l'IA - COM(2018) 237 del 25 aprile 2018, ha avviato un percorso europeo di rafforzamento della cooperazione in materia di IA in tutta l'UE per promuoverne la competitività e garantire la fiducia basata sui valori dell'UE, proseguito con l'approvazione degli Orientamenti per una PA affidabile - COM(2019) 168 dell'8 aprile 2019, e il Libro bianco sull'intelligenza artificiale - COM(2020) 65 del 19 febbraio 2020.

⁴⁷⁸ Il 22 gennaio 2022, la Commissione ha proposto al Parlamento europeo e al Consiglio di sottoscrivere una dichiarazione sui diritti e i principi che guideranno la trasformazione digitale nell'UE. La dichiarazione – COM(2022) 28 del 26 gennaio 2022 si basa sulle precedenti iniziative del Consiglio, tra cui la dichiarazione di Tallinn sull'e-government, la dichiarazione di Berlino sulla società digitale e su un governo digitale fondato sui valori, e la dichiarazione di Lisbona – «Democrazia digitale con uno scopo» riguardanti un modello di trasformazione digitale che rafforzi la dimensione umana dell'ecosistema digitale, con il mercato unico digitale come fulcro.

⁴⁷⁹ Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale, Capitolo III: libertà di scelta.

⁴⁸⁰ Sottolinea il rischio che, a fronte di una richiesta sempre maggiore di dati, aumentino i canali di reperimento anche «con mezzi spesso poco comprensibili o non trasparenti (se non illeciti)», B. CAROTTI, *Algoritmi e poteri pubblici: un rapporto incendiario*, cit., p. 7.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

consentano la supervisione umana dei risultati che riguardano le persone. Inoltre, è stata sottolineata la necessità di garantire il diritto di ricorso e di tutela nei casi in cui l'intelligenza artificiale sia impiegata per decisioni che comportino rischi significativi per i diritti e le libertà delle persone o possano arrecare loro danno.

Questo approccio di tipo precauzionale degli atti europei di *soft law* è stato ripreso e rimarcato nella proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che intende stabilire norme armonizzate in materia di intelligenza artificiale⁴⁸¹. La proposta, volta soprattutto a regolare il ricorso all'IA nel settore privato, evidenzia come la direzione seguita dal legislatore europeo sia in linea con quella già adottata dal GDPR in materia di protezione dei dati giacché, in una logica di *risk assessment*, fissa i requisiti minimi necessari per affrontare rischi e problemi collegati all'intelligenza artificiale, senza limitare od ostacolare indebitamente lo sviluppo tecnologico o altrimenti aumentare in modo sproporzionato il costo dell'immissione sul mercato di soluzioni di IA⁴⁸².

In altri termini, gli organi europei hanno predisposto un sistema normativo incentrato su un *risk based approach* e su un impatto minimo rispetto al mercato, per cui l'intervento normativo è adattato alle situazioni concrete nelle quali sussiste un motivo di preoccupazione giustificato o in cui tale preoccupazione può essere ragionevolmente prevista nel prossimo futuro. In tal senso, il quadro giuridico comprende meccanismi flessibili che fanno sì che «esso possa essere adeguato dinamicamente all'evoluzione della tecnologia e all'emergere di nuove situazioni di preoccupazione»⁴⁸³.

L'approccio europeo è stato, in qualche modo prescelto anche dal nostro giudice amministrativo in alcune sentenze adottate a partire dal 2019 e caratterizzate da una considerevole apertura verso le risorse dell'intelligenza artificiale. Al riguardo, il Consiglio di Stato⁴⁸⁴, anche in parziale contrasto con il giudice di prime cure⁴⁸⁵, ha riassunto le indicazioni

⁴⁸¹ Obiettivi specifici della proposta di Regolamento, individuati nel par. 1.1 della relazione di accompagnamento, sono: assicurare che i sistemi di IA immessi sul mercato dell'Unione e utilizzati siano sicuri e rispettino la normativa vigente in materia di diritti fondamentali e i valori dell'Unione; assicurare la certezza del diritto per facilitare gli investimenti e l'innovazione nell'intelligenza artificiale; migliorare la governance e l'applicazione effettiva della normativa esistente in materia di diritti fondamentali e requisiti di sicurezza applicabili ai sistemi di IA; facilitare lo sviluppo di un mercato unico per applicazioni di IA lecite, sicure e affidabili nonché prevenire la frammentazione del mercato.

⁴⁸² In merito all'utilizzo dell'IA da parte delle amministrazioni pubbliche, il considerando 37 chiarisce che il regolamento «non dovrebbe ostacolare lo sviluppo e l'utilizzo di approcci innovativi nella pubblica amministrazione, che trarrebbero beneficio da un uso più ampio di sistemi di IA conformi e sicuri, a condizione che tali sistemi non comportino un rischio alto per le persone fisiche e giuridiche».

⁴⁸³ Cfr. par. 1.1 della relazione di accompagnamento alla proposta di regolamento.

⁴⁸⁴ Cfr. sentenze n. 2270 e n. 8472 del 2019, e n. 881 del 2020. Per un commento più dettagliato delle sentenze, cfr. G. PESCE, *Il Consiglio di Stato ed il vizio della opacità dell'algoritmo tra diritto interno e diritto sovranazionale*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2020.

⁴⁸⁵ Rispetto al T.a.r. Lazio (in particolare, sentenze n. 12026 del 2016, e nn. 6606 e 9230 del 2019), il Consiglio di Stato ha, anzitutto, chiarito l'insussistenza di «ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse». Da qui, ha



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

degli organi dell'UE attraverso l'affermazione di tre principi fondamentali: il principio di conoscibilità e comprensibilità dell'algoritmo, che consiste, anzitutto, nel diritto a ricevere informazioni significative sull'esistenza di procedimenti algoritmici e sulla logica utilizzata dall'amministrazione; il principio di non esclusività della decisione algoritmica, che conferisce il diritto a che tale decisione non sia basata unicamente su un processo automatizzato ma che sia sempre previsto un controllo sulla logicità e legittimità del soggetto responsabile; e il principio di non discriminazione algoritmica, secondo cui nell'attività matematica e statistica di profilazione deve essere assicurata la rettifica dei dati e minimizzato il rischio di errori, per evitare che si producano effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base di taluni fattori, quali ad esempio l'origine etnica, l'orientamento sessuale, lo stato di salute, le opinioni politiche.

In sostanza, la prospettiva tracciata sin qui in ambito europeo e nazionale è incentrata sulla mitigazione dei rischi connessi all'uso degli algoritmi attraverso la predefinitone di principi chiave che devono guidare l'azione dei poteri pubblici. Soprattutto il Consiglio di Stato, pur consapevole della necessità di procedere ad un cambiamento strutturale nell'esercizio del potere pubblico, ha fatto leva sul rispetto dei criteri fondanti il giusto procedimento amministrativo per preservare gli strumenti di difesa in favore del cittadino⁴⁸⁶.

Si è tentato, in altri termini, di riadattare istituti e categorie tradizionali dell'azione amministrativa per evitare di compromettere il mantenimento delle garanzie dei cittadini nei confronti della pubblica amministrazione, nonostante l'automazione delle decisioni. In quest'ottica, il ricorso a formule algoritmiche anche oltre le procedure standardizzate o seriali, ossia nell'ambito dell'attività amministrativa discrezionale, è stato ammesso in virtù dei principi sull'autolimita della pubblica amministrazione, spostando l'esercizio del potere discrezionale al momento della redazione di una sorta di atto amministrativo presupposto che contiene i criteri e i parametri applicabili dalla formula algoritmica⁴⁸⁷. In questo modo, la

evidenziato che «l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata».

⁴⁸⁶ Sul punto, cfr. L. CASINI, *Lo Stato nell'era di google. Frontiere e sfide globali*, Milano, 2020, pp. 20 ss., il quale evidenzia, comunque, che lo sviluppo continuo delle risorse algoritmiche svela pur sempre la precarietà dell'equilibrio tra buon andamento dell'azione amministrativa e garanzie a favore del cittadino.

⁴⁸⁷ Così R. FERRARA, *Il giudice amministrativo e gli algoritmi. Note estemporanea a margine di un recente dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. Amm.*, 4, 2019, pp. 773 ss. In generale, sul concetto di autolimita della pubblica amministrazione, cfr. P.M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione. L'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990, e A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli 1997, pp. 247 ss. secondo cui la predeterminazione dell'azione pubblica accrescerebbe anche il grado di prevedibilità delle decisioni amministrative, facendo sorgere, di conseguenza, in capo agli amministrati un legittimo affidamento in ordine all'esito dell'azione stessa. A tal riguardo, l'A. esprime un giudizio contrario all'utilizzo dei termini "autolimita" o "autovincolo",



predeterminazione dei criteri diviene determinante, anche in termini di trasparenza e controllo dell'attività in questione, perché consuma il potere discrezionale nella sua fase più tipica, aperta, peraltro, alla partecipazione degli interessati al procedimento⁴⁸⁸.

3. La necessità di un differente paradigma giuridico

In realtà, il tentativo sin qui sinteticamente illustrato di mediare tra evoluzione tecnologica e tradizione giuridica regge solo fino a un certo punto, e lo stesso Consiglio di Stato ha evidenziato che «l'utilizzo di procedure "robotizzate" non può, tuttavia, essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa». Gli stessi principi rielaborati dal Consiglio di Stato, sulla scorta dell'esperienza europea e, in particolare, della disciplina sulla protezione dei dati, risultano di per sé trasfigurati rispetto al loro significato tradizionale e aprono le porte ad una trasformazione complessiva dell'agire pubblico.

In merito alla reinterpretazione del principio di trasparenza, la pretesa che la formula e il funzionamento dell'algoritmo risultino conoscibili e comprensibili si rivela estremamente debole di fronte ai già accennati strumenti di *machine learning* e *deep learning*, non sempre intelleggibili secondo criteri logico-razionali. Ad essere trasparente, in questi casi, può essere semmai il processo di selezione dello strumento di IA, sotto il profilo di una sua già avvenuta sperimentazione e dei risultati prodotti, o delle competenze tecnologiche di chi lo ha elaborato⁴⁸⁹.

Quanto al principio di non esclusività della decisione algoritmica, appare ancora più incerto l'affidamento verso un contributo umano che sia in grado di controllare ed eventualmente correggere la decisione stessa. Spesso, infatti, il decisore pubblico non può

in quanto locuzioni che sembrano attribuire all'istituto una connotazione negativa, cioè di limite alla discrezionalità, e non valorizzerebbero la funzione propulsiva della futura azione discrezionale esercitata dal fenomeno in questione.

⁴⁸⁸ Sul punto, S. VERNILE, *cit.*, pp. 145 ss., e A. MASUCCI, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Milano 2011, pp. 93-94, il quale evidenzia come sia possibile l'adozione dell'atto amministrativo discrezionale mediante computer «quando possono essere predeterminati dalla stessa amministrazione in via generale i criteri secondo i quali il potere discrezionale dovrà essere esercitato nei singoli casi [...] Si tratta di una "predeterminazione" dei criteri dell'esercizio del potere discrezionale del tutto legittima, che trova conferma in diverse previsioni legislative».

⁴⁸⁹ Cfr. C. COGLIANESE-D. LEHR, *Transparency and algorithmic governance*, in *Administrative Law Review*, vol. 71, 2019, dopo aver premesso che «what such a future will mean for liberty and democracy will depend to a significant degree on the extent to which these algorithms and their functioning can be made transparent to the public» (p. 3), rilevano che, nonostante la *fishbowl transparency* risulti in realtà *translucent* quando si ricorre ad algoritmi di *machine learning* (p. 25), è però frequente che «well-designed algorithms may increase public trust by achieving faster and fairer outcomes for those individuals who interact with government agencies and are subject to their decisions» (pp. 55-56).



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

intervenire, a causa del funzionamento non deterministico dell'algoritmo, o non vuole farlo, atteso il "conforto" scientifico che la risorsa matematica gli garantisce, anche in termini di contenimento della propria responsabilità⁴⁹⁰.

Infine, lo stesso principio di non discriminazione non è più legato all'esercizio in sé del potere discrezionale quanto piuttosto alla completezza e attendibilità dei dati immessi nella formula algoritmica. Anche in questo caso, infatti, il contributo umano si risolve in un momento pre-decisionale, ossia nell'immissione dei dati di input che verranno poi processati dagli automatismi informatici.

In definitiva, si assiste ad una riduzione considerevole della tradizionale distinzione tra attività vincolata e attività discrezionale, poiché in entrambi i casi la legittimità del provvedimento dipende da azioni materiali, per quanto complesse e rilevanti, mentre la decisione vera e propria è delegata a processi logici difficilmente controllabili e, quindi, tendenzialmente insindacabili⁴⁹¹.

In altri termini, benché il Consiglio di Stato abbia seguito l'approccio precauzionale professato in sede europea⁴⁹², si è rimasti, tuttavia, ancorati a una mediazione giuridica fondata su categorie non più compatibili con le potenziali applicazioni dell'intelligenza artificiale all'attività amministrativa. Governare efficacemente la rivoluzione algoritmica impone, piuttosto, di predisporre nuovi modelli regolatori basati sulla valutazione e gestione del rischio⁴⁹³, in linea con l'accennata proposta di regolamento europeo in materia di

⁴⁹⁰ A. SIMONCINI, *cit.*, p. 81.

⁴⁹¹ Sul punto, cfr. F. PATRONI GRIFFI, *La decisione robotica e il giudice amministrativo*, in www.giustizia-amministrativa.it, 28.08.2018, p. 5, il quale evidenzia che, nell'ambito della decisione robotizzata, «vada sfumando, fino ad annullarsi, ogni distinzione tra legittimità (sindacabile) e merito (insindacabile) dell'azione amministrativa».

⁴⁹² M. SIMONCINI, *L'agire provvedimentale dell'amministrazione e le sfide dell'innovazione tecnologica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, p. 539, nel rimarcare l'approccio precauzionale adottato dal giudice amministrativo «in assenza di adeguati strumenti regolatori ed efficaci rimedi», segnala, tuttavia, che «la mediazione giuridica dello sviluppo tecnologico rischia di bloccare le future applicazioni dell'intelligenza artificiale all'attività amministrativa». Per un'analisi attenta e complessiva dell'applicazione del principio precauzionale sulle decisioni algoritmiche, cfr. P. ZUDDAS, *Pregiudizi digitali e principio di precauzione*, in *Consulta on line*, 2020, p. 419 ss., il quale, rifacendosi alla distinzione tra versioni "forti" e versioni "deboli" del principio di precauzione, evidenzia che, rispetto all'evoluzione tecnologica, ciascuna variante sconta specifiche limitazioni, in quanto «le versioni "forti" riescono ad imporre adeguate restrizioni alle tecnologie future (a garanzia degli interessi che intendono proteggere), ma conducono sovente a direttive operative contraddittorie» mentre le versioni "deboli", che rappresentano il modello prevalente in Italia e in Europa, «talvolta si rivelano inefficaci, non riuscendo ad opporre alcuna restrizione allo sviluppo di tecnologie potenzialmente dannose».

⁴⁹³ M. SIMONCINI, *ibidem*, evidenzia che «per consentire all'amministrazione di sfruttare l'intelligenza artificiale si rende, quindi, necessaria la ricerca di nuovi strumenti di regolazione del rischio che consentano di tutelare i diritti individuali nell'ambiente robotizzato. Occorre cioè identificare nuovi regimi regolatori che consentano all'amministrazione di rispondere dei propri procedimenti decisionali che si avvalgano dell'intelligenza artificiale». Sulla misurazione e la gestione del rischio in relazione all'uso di algoritmi di *machine learning*, cfr. C. COGLIANESE-D. LEHR, *Regulating by Robot*:



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

intelligenza artificiale. Stante, infatti, i limiti sulla conoscibilità della logica algoritmica e sull'intervento correttivo del decisore umano, vanno individuate ulteriori forme di tutela dei destinatari dei provvedimenti, basate sulla mitigazione *ex ante* dei rischi connessi al funzionamento degli algoritmi più sofisticati.

Risulta, al riguardo, imprescindibile l'introduzione di principi e regole sulla formazione e l'aggiornamento delle banche dati pubbliche, sull'analisi di impatto e sulle tecniche di monitoraggio della regola tecnica, o ancora sul ricorso a prove di attendibilità delle procedure automatizzate⁴⁹⁴. Da qui, potrà derivare una maggiore imparzialità, efficacia e speditezza dell'azione amministrativa, nonché, al contempo, un effettivo riconoscimento dei diritti di cittadinanza digitale, sin qui, a più riprese declamati, ma assai poco garantiti.

4. Considerazioni conclusive: equilibrio sistemico e mediazione giuridica sullo sviluppo dell'IA

L'analisi sin qui svolta ha evidenziato la necessità che il decisore pubblico sia in grado di assorbire la straordinaria complessità dell'ambiente tecnologico attraverso una profonda ristrutturazione della propria azione.

Occorrerà, evidentemente, intervenire anche sul versante delle fonti e su quello organizzativo, accelerando processi ancora troppo lenti e abbandonando formule ormai superate.

Rispetto all'ambito normativo, occorre riflettere sul fatto che una legge storicamente determinante per il rafforzamento della democraticità e del buon andamento dell'azione amministrativa, quale quella sul procedimento, risulti ormai in forte affanno rispetto a nuove forme e modalità dell'agire pubblico. Il rapporto prima accennato tra fenomeno giuridico e progresso tecnologico si riverbera, al riguardo, in tutta la sua concretezza su una legge fondamentale che rischia di risultare gravemente obsoleta nel suo impianto complessivo, nonché scarsamente dialogante con le altre fonti della digitalizzazione pubblica, primo fra tutti il Codice dell'amministrazione digitale.

Sul versante organizzativo, è imprescindibile portare a compimento una "dematerializzazione" degli uffici pubblici e rafforzare, nella stessa direzione, la centralità di

Administrative Decision Making in the Machine-Learning Era, in *Georgetown Law Journal*, 2017, pp. 1147 ss.

⁴⁹⁴ Sul punto, P. ZUDDAS, *Intelligenza artificiale e discriminazioni*, in *Consulta on line*, 2020, p. 15, riprendendo lo spunto offerto dalla *Carta etica europea sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei sistemi giudiziari*, considera tra le azioni più utili per fronteggiare adeguatamente le situazioni di incertezza rispetto agli effetti discriminatori dei sistemi di *machine learning*, «l'effettuazione di uno stress-test sull'impiego di algoritmi nell'amministrazione della giustizia teso a valutare il loro impatto sulla protezione dei dati personali e sui diritti previsti dalla CEDU (incluso il rispetto del principio di eguaglianza)». Sull'applicazione del principio di precauzione nella sua versione più radicale come unico modello in grado di contenere il rischio di effetti discriminatori dell'algoritmo, cfr. A. SIMONCINI-S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019, pp. 97 ss.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

strutture che funzionino con modalità flessibili e siano in grado di fornire risposte altamente tecniche e inevitabilmente "neutrali".

Si tratta di un processo in atto già da diversi anni in Europa e in Italia dove la trasformazione digitale dei servizi pubblici, la creazione di piattaforme e *software*, il contributo partecipativo dei cittadini alle scelte normative e programmatiche in ambito tecnologico sono sempre più promosse e accompagnate da strutture *cross-cutting* come l'Agenzia per l'Italia digitale, PagoPA S.p.A. e il Dipartimento per la trasformazione digitale⁴⁹⁵.

La digitalizzazione di processi e servizi pubblici caratterizza, inoltre, molte delle politiche e degli interventi di riforma del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e costituisce uno dei tre assi strategici, condivisi a livello europeo, intorno a cui il Piano si sviluppa. Il forte investimento previsto per infrastrutture digitali, servizi pubblici *on line* e competenze e formazione in ambito tecnologico potrà senz'altro ridisegnare il volto delle nostre amministrazioni pubbliche, ancora in una fase embrionale del processo di transizione.

È chiaro che una rivoluzione di questo tipo non sarà solo foriera di implicazioni giuridiche ma si innesterà in un equilibrio sistemico ben più ampio contribuendo a qualificare l'annoso rapporto tra uomo e tecnologia.

In particolare, il sotto-sistema giuridico dovrà sviluppare strategie che riducano le complessità temporali, materiali e simboliche dell'ambiente tecnologico, attraverso scelte altrettanto complesse, dinamiche e differenziate⁴⁹⁶. In tale prospettiva, la coerenza del quadro normativo e dell'assetto organizzativo e un radicale controllo dei rischi della decisione robotica potranno contribuire a preservare la mediazione giuridica sullo sviluppo dell'intelligenza artificiale, non già con la pretesa di governare l'evoluzione tecnologica ma quanto meno con la speranza di convivere, riducendone le complessità.

Il mercato divario di genere nel contesto educativo (Nota a Corte cost. 4 gennaio 2022, n. 1)

di Luana Leo^{*}
22 aprile 2022

Sommario: 1. L'oggetto del ricorso. – 2. La pronuncia d'inammissibilità del Giudice delle Leggi. – 3. La necessità di ripartire dalle origini – 4. L'educazione di genere tra mito e realtà. – 4.1. L'impegno

⁴⁹⁵ B. CAROTTI, *Algoritmi e poteri pubblici: un rapporto incendiario*, cit., p. 9.

⁴⁹⁶ Su questi temi, cfr. N. LUHMANN, *Stato diritto e sistema sociale*, trad. it. di F. Spalla, Napoli, 1984; ID., *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, trad. it. di A. Febbraio-R. Schmidt, Bologna, 1990.

^{*} Dottoranda di ricerca in Diritto Costituzionale nell'Università LUM Giuseppe De Gennaro.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

profuso delle Regioni. – 5. La mancata recezione delle politiche europee. – 6. L'accesso delle donne agli atenei universitari e alle professioni. – 6.1. Differenze di genere nell'ambito accademico. Quali prospettive? – 7. Conclusioni.

Abstract: La distinzione tra educatori ed educatrici delineata dall'art. 4 D.L. n. 255/2001 (convertito con emendamenti nella L. n. 333/2001) evidenzia la persistenza della disparità di genere nel mondo del lavoro e, in particolar modo, nel contesto educativo. L'aumento dell'occupazione femminile potrebbe rappresentare per l'Italia un chiaro indicatore di un cambiamento significativo nello sviluppo economico. Attualmente, l'Italia si colloca al di sotto della maggior parte degli Stati europei.

The distinction between educators and female educators outlined in Article 4 Decree Law No. 255/2001 (converted with amendments into Law No. 333/2001) highlights the persistence of gender inequality in the world of work and, especially, in the educational context. The increase in female employment could be a clear indicator of a significant change in economic development for Italy. Currently, Italy ranks below most European states.

1. L'oggetto del ricorso

Il Tribunale di Trapani⁴⁹⁷ ha sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4-ter, co. 3, del D.L. n. 255/2001⁴⁹⁸, convertito, con modificazioni, nella L. n. 333/2001, in relazione agli artt. 3 e 55 Cost. L'oggetto del ricorso consiste nell'accertamento dell'illegittimità del decreto emesso in data 21 agosto 2021 dall'Ufficio scolastico regionale per la Sicilia (Ufficio XI, Ambito territoriale di Trapani), nella parte in cui «*esclude l'accesso al posto disponibile per il personale educativo della Provincia di Trapani alle aspiranti di sesso femminile*». La ricorrente dichiarava di essere stata integrata, a seguito di superamento di concorso, nel personale educativo con il profilo di educatrice nelle istituzioni prescritte dal D.L. n. 297/1994⁴⁹⁹ e di risultare al vertice della graduatoria a esaurimento della Provincia di Trapani.

In *primis*, la stessa chiedeva l'accertamento della natura discriminatoria⁵⁰⁰ del decreto

⁴⁹⁷ Trib. Trapani, 18 febbraio 2021.

⁴⁹⁸ D.L. 3 luglio 2001, n. 255 («*Disposizioni urgenti per assicurare l'ordinato avvio dell'anno scolastico 2001/2002*»).

⁴⁹⁹ D.lgs. 16 aprile 1994, n. 297 («*Testo Unico delle disposizioni legislative vigenti in materia di istruzione, relative alle scuole di ogni ordine e grado*»).

⁵⁰⁰ Sulla disparità di trattamento per ragioni di genere in ambito di lavoro, la dottrina è ricca. Tra i tanti, si veda S. SCARPONI, *La parità di genere nel lavoro e le nuove frontiere dell'antidiscriminazione*, in *Diritto e genere. Temi e questioni.*, Trento, 2000, 49-81; D. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro. Il diritto antidiscriminatorio tra genere e fattori di rischio emergenti*, Napoli, 2005; M. COZZA, B. POGGIO, A. MURGIA, *Traiettorie ed intrecci nelle storie di carriera di uomini e donne: una lettura di genere delle transizioni tra lavoro e non lavoro*, Milano, 2008; E. DI STEFANO, *Parità di trattamento fra uomini e donne nelle condizioni di lavoro: un'analisi giurisprudenziale*, n. 2, 2011; M. CERBONE, *Le discriminazioni di genere nei rapporti di lavoro: tecniche processuali di tutela e contenuto intangibile dei diritti*, in *Diritti fondamentali*, n. 2,



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

e di tutti gli atti connessi e consequenziali, considerato che il posto disponibile era riservato ad aspiranti di sesso maschile. La ricorrente, altresì, invocava la cessazione immediata di tale condotta e la rimozione dei relativi effetti «*rettificando il decreto ed eliminando la clausola discriminatoria contestata*»; la convocazione indetta per l'assegnazione del posto disponibile nel ruolo del personale educativo negli istituti della Provincia di Trapani, in ragione della sua posizione nella graduatoria; la condanna dell'amministrazione resistente al risarcimento del danno patrimoniale.

Nell'ottica del Tribunale di Trapani, la disposizione censurata non risulta compatibile con i principi espressi dagli artt. 3 e 51 Cost., principalmente per la sua incongruenza rispetto al quadro normativo interno⁵⁰¹ e sovranazionale⁵⁰² e all'interpretazione giurisprudenziale⁵⁰³, volti invece «*in modo univoco a sancire l'illegittimità di qualsivoglia disparità di trattamento per ragioni di genere, anche con riferimento all'accesso al lavoro*». In aggiunta, il giudice *a quo* non aderisce alla ricostruzione interpretativa della giurisprudenza di merito⁵⁰⁴, secondo la quale l'affidamento degli educandi a educatori dello stesso sesso sarebbe finalizzato a favorire l'instaurazione di un legame educativo «*più paritario e confidenziale*», nonché ad essere recepito dai convittori come una «*ingerenza meno invasiva*» e in grado di scongiurare «*forme di comprensibile soggezione*» da parte di minori, non ancora dotati di «*una piena capacità di relazionarsi con l'altro sesso in maniera consapevole e ordinaria*». La scelta del legislatore di derogare al principio di pari opportunità di accesso al lavoro per ragioni di genere sarebbe irragionevole, in quanto in evidente contrasto con l'impronta educativa, "globale" e "unisex" che contraddistingue la formazione dei giovani nella società contemporanea. Il rimettente non riconosce spessore alla circostanza che i convitti nazionali e gli educatori statali siano strutture residenziali o semiresidenziali; i dirigenti di tali istituti potrebbero organizzare il lavoro del personale educativo tramite turnazioni, preservando così la *privacy* dei convittori.

Per avvalorare la propria posizione, la ricorrente sottolinea come la legge equipari il personale educativo agli insegnanti di scuola primaria, in termini giuridici ed economici; pertanto, un regime di assunzione peggiore rispetto a quello riservato ai docenti determinerebbe una discriminazione incompatibile con il principio enunciato dagli artt. 3 e

2020.

⁵⁰¹ Tra gli interventi legislativi più significativi, si veda L. 10 aprile 1991, n.125 («*Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna nel lavoro*»); L. n.215/1992 («*Azioni positive per l'imprenditoria femminile*»); L. 12 luglio 2011, n. 120 («*Modifiche al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, concernenti la parità di accesso agli organi di amministrazione e di controllo delle società quotate in mercati regolamentati*»).

⁵⁰² A livello internazionale, gli interventi sono numerosi. Tra i più rilevanti, si veda art. 20 della Carta Sociale Europea del 1996; art. 2 del Trattato della Comunità europea; artt. 21 e 23 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE; art. 2 del Trattato sull'Unione europea.

⁵⁰³ Sul tema, la giurisprudenza è ampia. In particolare, si veda Corte cost., 8 febbraio 1991, n. 61; Corte cost., 15 aprile 1993, n. 163; Corte cost. 2006, n. 61; Corte cost., 20 luglio 2016, n. 186 Corte cost. 14 luglio 2017, n. 193.

⁵⁰⁴ Trib. Bari, 31 luglio 2003.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

51 Cost.

L'intento della difesa statale è quello di tracciare le particolarità del profilo professionale degli educatori⁵⁰⁵ e segnalarne il ruolo essenziale nel processo di formazione e di educazione degli allievi convittori e semiconvittori⁵⁰⁶, facendo leva sugli artt. 127, 128 e 129 del CCNL inerente il personale del Comparto scuola per il quadriennio normativo 2006-2009 ed il biennio economico 2006-2007. In particolare, essa ricorda come la finalità della funzione educativa⁵⁰⁷ sia quella di assicurare agli allievi una "guida" nei differenti momenti della vita comune nell'istituzione educativa. A fronte di ciò, si esclude che la distinzione tracciata dalla norma in esame comporti un'irragionevole discriminazione di genere, anche in virtù dell'art. 31 del D.L. n. 198/2006⁵⁰⁸. In ogni modo, si tende a negare una discriminazione ingiustificata e irragionevole, dal momento che tale distinzione poggia su una finalità legittima perseguita attraverso mezzi ad essa appropriati. Infine, ad avviso della difesa statale, l'organizzazione, da parte del dirigente dell'istituto, della turnazione del personale educativo non potrebbe "coprire" le specifiche esigenze legate all'esecuzione della vigilanza notturna: la programmazione implica l'intercambiabilità degli educatori, non essendo praticabile una mera ripartizione dei compiti in base al genere.

2. La pronuncia d'inammissibilità del Giudice delle Leggi

Prima di prestare attenzione alla funzione educativa, la Consulta chiarisce come l'art. 4-ter sia stato inserito nel testo del D.L. n. 255/2001 al duplice scopo di garantire la parità di genere e ovviare all'incertezza, scaturita nel precedente quadro normativo, in ordine alla necessità di ricorrere per la formazione delle graduatorie del personale educativo alla medesima distinzione tra gli istitutori e le istitutrici, rispettivamente indirizzati alle istituzioni convittuali maschili e femminili, disposta per i profili di cui all'art. 446, co. 1, del D.L. n. 297/1994⁵⁰⁹. Di fronte a tale scenario, il legislatore italiano ha ritenuto opportuno unificare

⁵⁰⁵ Sulla figura dell'educatore, si veda G. ZAGO, G. FASAN, *L'educatore nella scuola: buone pratiche e riflessioni pedagogiche*, in *Nuova secondaria*, n. 2, 2021, 115-248; G. FASAN, *L'educatore nella scuola e la lunga marcia per il riconoscimento delle professioni educative*, in *Nuova secondaria*, n. 2, 2021, 133-146.

⁵⁰⁶ Sotto tale profilo, si veda G. FASAN, *La formazione degli educatori tra gli anni Sessanta e i primi anni Novanta del Novecento italiano*, in *Studium Educationis*, n. 3, 2019, 77-88.

⁵⁰⁷ Con riguardo a tale funzione, si veda E. MARESCOTTI, *La funzione educativa dell'insegnante: guidare e non indottrinare*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, n. 2, 2016, 29-43. In particolare, G. CONDOMI, *Ruolo, funzioni, identità dell'educatore professionale nelle istituzioni educative statali: convitti ed educandati*, Romagnano al Monte (SA), 2020, 76, ritiene che la funzione educativa si espliciti in un ventaglio di attività comprendenti l'attività educativa vera e propria, intesa come «promozione della crescita umana, civile e sociale dell'allievo».

⁵⁰⁸ D.L. 11 aprile 2006, n. 198 (*"Codice delle pari opportunità tra uomo e donna"*).

⁵⁰⁹ Entrando nello specifico l'art. 446, co.1, di tale decreto prevede che «i posti di organico dei ruoli provinciali delle istitutrici degli educandati femminili dello Stato, dei convitti nazionali femminili e dei convitti femminili annessi agli istituti tecnici e professionali e dei ruoli provinciali degli istitutori



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

tanto i ruoli provinciali del personale educativo di sesso maschile e femminile quanto le relative graduatorie. L'unica eccezione è rappresentata dalla norma censurata, che mantiene ferma la distinzione tra gli educatori di sesso maschile e femminile ai fini dell'individuazione dei posti, nel contesto della dotazione organica, da assegnare alle attività convittuali riservate agli alunni convittori e alle alunne convittrici.

In seguito, la Corte costituzionale sottolinea l'esplicita corrispondenza del criterio discrezionale di cui all'art. 4-ter, co. 3, del D.L. n. 255/2001 con l'omologa distinzione compiuta dal legislatore nello stabilire separate istituzioni educative per convittori di sesso maschile e per convittrici di sesso femminile.

La medesima, infatti, segnala come l'art. 203 del D.lgs. n. 297/1994 regoli i convitti nazionali, aventi il fine di «*curare l'educazione e lo sviluppo intellettuale e fisico dei giovani che vi sono accolti*». Secondo quanto previsto dalla disposizione, «*ai convitti nazionali possono essere annesse scuole elementari, scuole medie ed istituti e scuole di istruzione secondaria superiore. Il rettore svolge, in tal caso, le funzioni di direzione delle scuole ed istituti annessi*» (co. 9); «*agli istituti tecnici ed agli istituti professionali e particolarmente a quelli ad indirizzo agrario possono essere annessi convitti per alunni che frequentano l'istituto*» (co. 12); «*l'amministrazione di ciascun convitto è affidata ad un consiglio di amministrazione, presieduto dal rettore*» (co. 3). Diversamente, la conseguente disposizione (art. 204) disciplina gli educandi femminili dello Stato, finalizzati a «*curare l'educazione e lo sviluppo intellettuale e fisico delle giovani che vi sono accolte*», prolungandole il regime giuridico «*agli altri istituti pubblici di educazione femminile di cui al regio decreto 1° ottobre 1931, n. 1312 e successive modificazioni, salvo che per quelle disposizioni che siano riferibili esclusivamente ad istituzioni statali*» (co. 12). Un aspetto peculiare consiste nella necessaria presenza della direttrice nel consiglio di amministrazione, con voto consultivo, ai fini della validità della seduta, laddove riguardi l'ordinamento e l'andamento educativo e didattico dell'istituto (co. 3).

Occorre precisare come tale classificazione sia stata recepita dall'art. 20, co. 1, del d.P.R. n. 81/2009⁵¹⁰. Quest'ultimo, nel rivedere i criteri di determinazione delle dotazioni organiche del personale educativo dei convitti nazionali e degli educandi femminili statali, ha subordinato la consistenza di tali dotazioni al totale del numero dei convittori e delle convittrici⁵¹¹.

dei convitti nazionali e dei convitti annessi agli istituti tecnici e professionali [...] sono determinati come segue: sino a venticinque convittori, quattro posti; per ogni successivo gruppo di otto convittori, un posto in più; per ogni gruppo di dodici semiconvittori, un posto».

⁵¹⁰ d.P.R. 20 marzo 2009, n. 81 («*Norme per la riorganizzazione della rete scolastica e il razionale ed efficace utilizzo delle risorse umane della scuola, ai sensi dell'articolo 64, comma 4, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*»).

⁵¹¹ L'art. 20, co. 1, di tale decreto, infatti, dispone che «la consistenza delle dotazioni organiche del personale educativo dei convitti nazionali e degli educandi femminili, nonché delle istituzioni convittuali annesse agli istituti tecnici e professionali è determinata con riguardo alla somma del numero dei convittori e delle convittrici, nonché al numero complessivo dei semiconvittori e delle semiconvittrici».



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

La Consulta prende atto della volontà legislativa di impostare un sistema educativo attuato con l'istituzione di strutture convittuali, nel quale la cruciale distinzione tra i ruoli risulta speculare e funzionale alla scissione tra gli allievi convittori e le allieve convittrici. L'eventuale ablazione della norma censurata – ad avviso dei giudici – pregiudicherebbe l'operatività dell'assetto così ideato, ponendo così in discussione il sistema complessivamente considerato.

Al contempo, essa invoca – ed è questo l'aspetto rilevante – una tempestiva rivisitazione della normativa delle istituzioni educative. Il legislatore italiano, «*quale interprete della volontà della collettività*»⁵¹², è tenuto a valutare la persistente opportunità del filtro selettivo mediante una riconsiderazione dei motivi che sostengono la distinta configurazione delle istituzioni convittuali per allieve e per allievi.

3. La necessità di ripartire dalle origini

La distinzione tra educatori ed educatrici tracciata dalla norma censurata, speculare alla separazione tra gli allievi convittori e le allieve convittrici, esalta la permanenza della disparità di genere nell'ambito lavorativo, e specialmente nel contesto educativo. La crescita dell'occupazione femminile nel mondo del lavoro potrebbe rappresentare per il nostro Paese uno strumento rivelatore di un mutamento decisivo nello scenario di crescita economica. Attualmente, in termini di presenza femminile, l'Italia occupa una posizione inferiore rispetto alla maggior parte degli Stati europei.

L'accesa discussione sorta in Assemblea Costituente⁵¹³ costituisce un punto di partenza per definire la condizione attuale della donna lavoratrice. Occorre segnalare come lo scopo delle Costituenti fosse non solo quello di assicurare una parità di opportunità di accesso in ambito di lavoro, ma anche quello di garantire alla donna la sua essenziale funzione familiare. Nel contesto storico corrente, sorgono ancora dubbi sul contenuto dell'art. 37 Cost. A differenza di altri Costituenti, l'on. Moro non manifestava perplessità in ordine al contenuto della tutela da garantire con la norma sopracitata; egli, infatti, proponeva

⁵¹² Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84. Per un approfondimento su tale pronuncia, tra i tanti, si veda A. RUGGERI, *Questioni di costituzionalità inammissibili per mancanza di consenso tra gli scienziati (a margine di Corte cost. n. 84 del 2016, in tema di divieto di utilizzo di embrioni crioconservati a finalità di ricerca)*, in *BioDiritto*, n. 2, 2016; C. CASONATO, *Sensibilità etica e orientamento costituzionale. Note critiche alla sentenza della Corte costituzionale n. 84 del 2016*, in *BioDiritto*, n. 2, 2016; M. D'AMICO, *La Corte costituzionale chiude la porta agli scienziati in nome della dignità dell'embrione*, in *BioDiritto*, n. 2, 2016; S. PRISCO, *Il diritto e l'embrione come soggetto di narrazioni*, in *BioDiritto*, n. 2, 2016; A. SPADARO, *Embrioni crio-congelati inutilizzabili: la Corte costituzionale se ne lava le mani, ma qualcosa dice... (nota a C. cost., sent n. 84/2016)*, in *BioDiritto*, n. 2, 2016.

⁵¹³ Sull'operato delle Costituenti, si veda M. IACOMETTI, *Il contributo delle donne dell'Assemblea costituente all'elaborazione della Costituzione italiana*, in M. D'AMICO, S. LEONE (a cura di), *La donna dalla fragilitas alla pienezza dei diritti? Un percorso non ancora concluso*, Milano 2017.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

una formulazione simile a quella vigente («*Alla donna lavoratrice sono assicurati tutti i diritti che spettano al lavoratore ed inoltre è garantita in ogni caso la possibilità di adempiere, insieme al suo lavoro, alla sua essenziale missione familiare*»)⁵¹⁴. Il termine “essenziale” era contestato dall’On. Merlin⁵¹⁵, poichè avrebbe potuto ancorare l’operato femminile al solo ambito familiare, escludendo l’attività economica e sociale, come peraltro deducibile dalle dichiarazioni dell’On. Mastrojanni⁵¹⁶. L’On. Persico, invece, sosteneva che tale termine avrebbe dovuto essere inteso come “precipua” funzione familiare, e non in chiave di “esclusività”⁵¹⁷. Sebbene l’interpretazione del predetto termine conducesse ad una visione riduttiva del ruolo della donna, la norma è stata sradicata da quel contesto storico, gettando così le fondamenta per una tutela della donna lavoratrice, al fine di prevenire l’insorgenza di discriminazioni. In considerazione di ciò, si respinge la lettura secondo la quale uno dei due obiettivi perseguiti dall’art. 37 Cost., quello della parità dei diritti, sia affermato come prevalente dai Costituenti⁵¹⁸. Alla stessa si deve la riconduzione della norma in esame nella sfera dell’art. 3, co. 2, Cost., tale da giustificare l’arrivo esclusivo del legislatore ordinario all’eguaglianza sostanziale, con quella serie di interventi attuati negli anni Novanta, finalizzati a rimuovere gli ostacoli impedenti il raggiungimento della parità tra uomini e donne nell’ambito di lavoro. L’art. 3 Cost. racchiude un principio cardinale, il principio della democrazia paritaria, la cui attuazione implica il superamento dell’identificazione delle donne come categoria svantaggiata e fragile. In virtù di tale principio, la presenza femminile non è una concessione, ma un diritto delle donne, in vista di una democrazia «*fatta di uomini e donne*»⁵¹⁹.

L’esistenza di distinzioni tra uomini e donne nell’ambito di lavoro, specialmente in

⁵¹⁴ A. C., III Sottocommissione, 18 settembre 1946.

⁵¹⁵ Nella seduta del 10 maggio 1947, l’On. Merlin osserva che «la maternità, cioè la nostra funzione naturale, non è una condanna, ma una benedizione e deve essere protetta dalle leggi dello Stato senza che si circoscriva e si limiti il nostro diritto a dare quanto più sappiamo e vogliamo in tutti i campi della vita nazionale e sociale, certe, come siamo, di continuare e completare liberamente la nostra maternità».

⁵¹⁶ Nella seduta dell’8 settembre 1947, l’on. Mastrojanni dichiara che «se si trascurasse di affermare questo principio essenziale, che cioè la funzione naturale della donna è quella che la natura le ha attribuito, comprendente non solo la procreazione ma anche la difesa e l’educazione dei figli, si verrebbe ad ammettere il principio che si possa anteporre alla funzione naturale biologica della donna, la funzione economica e sociale».

⁵¹⁷ Su tale linea, l’on. Moro, sempre nella seduta del 10 maggio 1947, considera il riferimento alla “essenzialità” della missione familiare della donna «un avviamento necessario ed un chiarimento per il futuro legislatore, perché esso, nel disciplinare l’attività della donna nell’ambito della vita sociale del lavoro, tenga presenti i compiti che ne caratterizzano in modo peculiare la vita».

⁵¹⁸ Così, T. TREU, art. 37, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1979, 154. In senso opposto, P. PERLINGIERI, S. BALLETTI, *Sub art. 37*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Commento alla Costituzione Italiana*, Napoli, 2001, 252.

⁵¹⁹ Come ben osservato da M. D’AMICO, *La rappresentanza di genere nelle Istituzioni Strumenti di riequilibrio*. Relazione presentata a Roma presso la Corte di Cassazione, nell’ambito dell’Iniziativa promossa dalla Struttura di Formazione decentrata della Corte di cassazione in collaborazione con l’Associazione Donne Magistrato Italiane, disponibile in cortedicassazione.it, 30 marzo 2017.



quello educativo, infrange così il “sogno” di una democrazia composita.

4. L'educazione di genere tra mito e realtà

Nella legge n. 107/2015⁵²⁰ di riforma dell'ordinamento scolastico si ravvisa una disposizione che mira ad *«attuare i principi di pari opportunità promuovendo nelle scuole di ogni ordine e grado l'educazione alla parità tra i sessi, la prevenzione della violenza di genere e di tutte le discriminazioni»*⁵²¹. Si ritiene quella in esame una norma di “intesa”⁵²² non solo rispetto ai progetti di legge avanzati in tema di educazione di genere, ma anche agli emendamenti⁵²³ proposti nel corso del dibattito incentrato sul buon funzionamento del sistema scolastico.

Sebbene tale norma rappresenti una novità nel contesto scolastico, la sola promozione dell'educazione alla parità sessuale non risulta sufficiente: vi è, infatti, la necessità di abbattere quei modelli culturali che per diverso tempo hanno relegato la figura femminile alla sfera privata.

A partire dalla Convenzione di Istanbul⁵²⁴, che offre una chiara e puntuale definizione di “genere”⁵²⁵, gli Stati aderenti hanno gradualmente conformato i piani scolastici alle misure contenute nella predetta Convenzione, in modo tale da attuare tutti gli obblighi internazionali. In particolare, l'art. 14 impone ad essi di compiere *«le azioni necessarie per includere nei programmi scolastici di ogni ordine e grado dei materiali didattici su temi quali la parità tra i sessi, i ruoli di genere non stereotipati, il reciproco rispetto, la soluzione non violenta dei conflitti nei rapporti interpersonali, la violenza contro le donne basata sul genere e il diritto all'integrità personale, appropriati al livello cognitivo degli allievi»*.

È importante segnalare – a parere di chi scrive – come la legge n. 107/2015 sulla riforma dell'ordinamento scolastico sia stata preceduta da due proposte di legge. La prima⁵²⁶, avanzata al Senato della Repubblica, marcava l'urgenza di intraprendere una *«consapevole*

⁵²⁰ L. 13 luglio 2015, n. 107 (*«Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti»*).

⁵²¹ Art. 1, comma 16, l. n. 107/2015.

⁵²² Sulla stessa linea, L. FOTI, *Educazione di genere: la “buona scuola” e qualche progetto di legge parla di norma di “compromesso”*, in *Osservatorio AIC*, 2015, 1.

⁵²³ Si fa riferimento all'emendamento di Sel, proposto dall'on. Costantino.

⁵²⁴ La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta alla violenza contro le donne e la violenza domestica (c.d. Convenzione di Istanbul), è un trattato internazionale contro la violenza sulle donne e la violenza domestica, approvata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 7 aprile 2011 ed aperta alla firma l'11 maggio 2011 a Istanbul.

⁵²⁵ La Convenzione di Istanbul, all'art. 3, lett. c), definisce il genere come quel complesso «di ruoli, comportamenti, attività e attributi socialmente costruiti che una determinata società considera appropriati per donne e uomini».

⁵²⁶ Proposta di legge n. 1680 sulla *«Introduzione dell'educazione di genere e della prospettiva di genere nelle attività e nei materiali didattici delle scuole del sistema nazionale di istruzione e nelle università»*.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

prospettiva di genere nei processi educativi»; l'educazione di genere, infatti, è considerata una necessità "indifferibile" tra gli scopi nazionali dell'insegnamento, da configurare quale «*elemento portante e costante*», perseguendo così il fine di rispondere «*all'esigenza di dare puntuale attuazione ai principi costituzionali di pari dignità e non discriminazione di cui agli art. 3,4, 29, 37 e 51 della Costituzione*». La seconda proposta di legge⁵²⁷, invece, sottoposta alla Camera dei Deputati, evocava la Convenzione di Istanbul, la quale reputa "l'educazione all'affettività" lo strumento prediletto per la lotta alla violenza di genere. A differenza del primo, tale ultimo progetto di legge prevedeva non soltanto la modifica dei piani di studio, ma anche l'istituzione di un insegnamento *ad hoc* "l'educazione sentimentale"⁵²⁸, volto alla «*crescita educativa, culturale ed emotiva dei giovani in materia di parità e di solidarietà tra uomini e donne*».

In concreto, la rivisitazione dell'offerta didattica avrebbe soddisfatto due obiettivi basilari: l'attuazione dei principi costituzionali e la concretizzazione degli impegni comunitari e internazionali assunti dall'Italia negli ultimi anni. È doveroso precisare che il Governo italiano aveva tentato di dare attuazione ai principi costituzionali mediante la direttiva n. 116/1997⁵²⁹, avente come fine primario «*la formazione a una cultura della differenza di genere*», disponendo la revisione dei materiali didattici in virtù del c.d. "Progetto polite"⁵³⁰, diretto a garantire che i libri di testo e i materiali didattici fossero realizzati in modo da promuovere lo sviluppo dell'identità di genere e sopprimere gli stereotipi. In aggiunta, il D.L. n. 103/2014⁵³¹ ha autorizzato la spesa di 10 milioni di euro «*per attività di formazione e aggiornamento obbligatori del personale scolastico*», con particolare riguardo all'incremento delle competenze relative all'educazione all'affettività, al rispetto delle diversità e delle pari opportunità di genere e al superamento degli stereotipi.

Passando allo scenario comunitario, l'obiettivo strategico B4 ha collocato tra gli obiettivi nazionali dell'insegnamento e delle linee generali dei curricula scolastici, la cultura della parità di genere e la rimozione degli stereotipi. Tali previsioni si ricollegano alle determinazioni assunte dal Parlamento europeo con la risoluzione del 12 marzo 2013⁵³²; tale organo invita gli Stati membri «*a valutare i programmi di studi e il contenuto dei libri di testo per le scuole nell'ottica di una riforma che conduca all'integrazione delle questioni di*

⁵²⁷ Proposta di legge n. 1510 sulla «Introduzione dell'insegnamento dell'educazione sentimentale nelle scuole del primo e del secondo ciclo dell'istruzione».

⁵²⁸ La suddetta espressione evoca l'opera di G. FLAUBERT, *L'educazione sentimentale*, Parigi, 1870. Sul tema, si veda F. BORRUSO, L. CANTATORE, C. COVATO, *L'educazione sentimentale. Vita e norme nelle pedagogie narrate*, Milano, 2014.

⁵²⁹ Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 27 marzo 1997, n. 116.

⁵³⁰ Progetto Pari opportunità nei libri di testo, promosso dal Dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei ministri tra il 1999 e il 2001, nell'ambito del Quarto programma di azione a medio termine per la parità di opportunità tra le donne e gli uomini (1996-2000).

⁵³¹ D.L. 12 settembre 2013, n. 104, convertito, con modificazioni, nella l. 8 novembre 2013, n. 128 («*Misure urgenti in materia di istruzione, università e ricerca*»).

⁵³² Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2013 sull'eliminazione degli stereotipi di genere nell'Unione europea.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

genere quale tematica trasversale in tutti i materiali didattici, sia in termini di eliminazione degli stereotipi di genere sia in termini di maggiore visibilità». Il problema effettivo consiste nella qualificazione dell'educazione di genere: le proposte di legge sopraindicate precisano che la stessa debba essere immaginata non come una materia, bensì come obiettivo formale che investa tutte le materie.

4.1. L'impegno profuso delle Regioni

In Italia, le politiche di uguaglianza di genere sono state realizzate solo a livello locale o dagli enti regionali, provinciali e comunali; tale circostanza ha prodotto effetti significativi, essendo l'istruzione una materia di competenza esclusiva statale e di competenza concorrente.

L'uguaglianza tra uomini e donne è un principio fondamentale enunciato dallo Statuto⁵³³ della Regione Emilia-Romagna (art. 2, co. 1, lett. a), che rileva tra gli obiettivi ispiranti la sua attività economica «*il perseguimento della parità giuridica, sociale ed economica fra donne e uomini e la rimozione degli ostacoli che impediscono la piena realizzazione di tale principio*» (art. 2, co. 1, lett. b). Appare necessario evidenziare come la legge quadro regionale per la parità e contro le discriminazioni di genere⁵³⁴ consideri il contrasto agli stereotipi di genere un'azione essenziale per il riconoscimento di pari diritti e dignità tra donne e uomini. È interessante constatare come la legge quadro riservi largo spazio all'educazione di genere: la Regione Emilia Romagna, anche tramite l'ausilio degli istituti e delle università, promuove progetti tesi a favorire «*un approccio multidisciplinare e interdisciplinare al rispetto delle differenze, al superamento degli stereotipi e delle discriminazioni multiple, allo studio dei significati socio-culturali della sessualità e dell'identità di genere*».

Parimenti, la Toscana⁵³⁵, con la legge regionale n. 16/2009, persegue scopi specifici per ottenere una piena parità di genere nella dimensione culturale, sociale ed economica, sottolineando il carattere trasversale delle politiche di genere rispetto all'insieme delle politiche pubbliche regionali con peculiare riferimento al settore dell'istruzione, al fine di eliminare gli stereotipi.

In particolare, il tema dell'educazione di genere è stato oggetto di ampio dibattito nella Regione Trentino Alto-Adige. La legge provinciale n. 13/2012⁵³⁶ sostiene la diffusione della

⁵³³ L. R. 31 marzo 2005, n. 13 («Statuto della Regione Emilia-Romagna»).

⁵³⁴ L. R. 27 giugno 2014, n. 6 («Legge quadro per la parità e contro le discriminazioni di genere»). L'iter che ha indotto alla stesura della legge in esame ha preso avvio nel 2012, con l'istituzione della "Commissione per la promozione di condizioni di piena parità tra donne e uomini", provvista di poteri consultivi e legislativi. Sul punto, si veda S. VANTIN, *La prima legge quadro per la parità e contro le discriminazioni di genere. Innovazioni e questioni aperte*, in Riv. trim. sc. amm., n. 3, 2016.

⁵³⁵ L. R. 2 aprile 2009, n. 16 («Cittadinanza di genere»).

⁵³⁶ L. P. 18 giugno 2012, n. 13 («Promozione della parità di trattamento e della cultura delle pari



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

cultura di genere, il conseguimento della parità di trattamento e di opportunità per le donne e uomini nonché dell'equilibrio tra i generi mediante l'attuazione di determinate misure e azioni positive, tra cui «*l'adozione di iniziative educative, formative e informative a favore della diffusione di una cultura non discriminatoria basata sul rispetto, la tutela e la promozione delle differenze di genere; «l'eliminazione degli stereotipi di genere nelle scelte formative e occupazionali, al fine di superare la segregazione sia orizzontale che verticale»; «la diffusione e il radicamento della cultura di genere presso la Provincia, gli enti locali, gli enti pubblici strumentali»*. Una delle iniziative più rilevanti intraprese nella suddetta Regione – a parere di chi scrive – è rappresentata dall'attivazione, a partire del 2010, di un progetto di relazione alla parità di genere, imperniato su attività formative svolte con i genitori, insegnanti e studenti per insegnare il rispetto nelle relazioni tra uomini e donne, ponendosi lo scopo di prevenire violenza e discriminazioni. Nel 2019, tali corsi sono stati sospesi dalla nuova giunta provinciale, sulla base della necessità di «*verificare la piena coerenza dei contenuti educativi dei percorsi con le aspettative delle famiglie*»⁵³⁷.

Nel complesso, la normativa regionale merita attenzione non soltanto per il carattere marcatamente innovativo, ma anche perché si premura di definire espressioni che potrebbero porre in difficoltà sia il cittadino sia l'interprete⁵³⁸.

5. La mancata recezione delle politiche europee

In tema di educazione di genere, potrebbero assumere particolare spessore talune Convenzioni o Raccomandazioni internazionali sottoscritte dal nostro Paese. L'impiego del condizionale allude alla mancata recezione delle stesse. Tra di esse, si segnala la "Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne" (c.d. "Convenzione CEDAW")⁵³⁹, avente lo scopo di sopprimere ogni discriminazione tra uomo e donna sviluppando un programma di attività a livello nazionale per porre fine alle discriminazioni medesime⁵⁴⁰.

opportunità tra donne e uomini»).

⁵³⁷ Fortemente critica è la posizione di B. POZZO, *Cartolina da Trento: il genere a scuola, prove tecniche di inquisizione*, in *Riv. di cultura e di politica*, 2019.

⁵³⁸ Come anche espresso da L. FOTI, *Educazione di genere: la "buona scuola" e qualche progetto di legge*, in *Osservatorio AIC*, 2015, 13.

⁵³⁹ La Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione della donna (CEDAW) è una convenzione internazionale adottata nel 1979 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, ed entrata in vigore il 3 settembre 1981. Al fine di incentivare la lotta alle discriminazioni contro le donne, la CEDAW si è dotata di un nuovo strumento, il Protocollo Opzionale, che prevede la possibilità, per gli Stati aderenti, di presentare delle "comunicazioni" relative alle discriminazioni specifiche. Si tratta di un accordo collaterale alla Convenzione adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 6 ottobre 1999 ed entrato in vigore il 22 dicembre 2000, dopo la sessione Speciale dell'Assemblea generale delle Nazioni "Women 2000" indetta per celebrare i cinque anni della Piattaforma di Pechino.

⁵⁴⁰ Su tale Convenzione, la dottrina è fiorente. Tra i più recenti, si veda A. PITINO, *Gli stereotipi di*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

L'attenzione riservata all'attuazione del principio di uguaglianza emerge nel Preambolo, ove si definisce la "discriminazione" come «ogni distinzione, esclusione o limitazione basata sul sesso, che incida sulla possibilità per le donne di esercitare i propri diritti politici, economici, sociali, culturali, civili o di qualunque altro genere, indipendentemente dal loro stato matrimoniale ed in condizione di uguaglianza con gli uomini». Un cenno merita l'art. 5 della Convenzione stessa: da un lato, si prescrive agli Stati aderenti di adottare ogni misura idonea per modificare i modelli socio-culturali di riferimento per l'uomo e per la donna, al fine esclusivo di eliminare i pregiudizi; dall'altro, si richiede di «assicurare che l'educazione familiare comprenda una corretta comprensione della maternità in quanto funzione sociale» ed il riconoscimento della responsabilità comune di uomo e donna nell'educazione e nello sviluppo dei figli. Occorre sottolineare come tale previsione, connessa alla funzione sociale della maternità, potrebbe essere suscettibile di varie interpretazioni, anche spregiative della condizione della donna⁵⁴¹.

Essa pone l'educazione di genere al centro della lotta alle discriminazioni nei confronti delle donne, invitando gli Stati parte a garantire «l'eliminazione di ogni concetto stereotipato dei ruoli dell'uomo e della donna a tutti i livelli e in tutte le forme di istruzione incoraggiando la coeducazione e altri tipi di istruzione che contribuiscano a conseguire tale obiettivo e, in particolare, rivedendo i libri di testo e i programmi scolastici ed adattando i metodi di insegnamento». Appare doveroso marcare come i richiami giurisprudenziali⁵⁴² e legislativi⁵⁴³ a tale Convenzione avvengano in maniera affrettata, accordando precedenza ad altri strumenti internazionali salvaguardanti la condizione della figura in esame, considerati maggiormente acuti e vincolanti⁵⁴⁴. Sotto il profilo legislativo, la mancanza di riferimenti

genere in prospettiva giuridica, dalla CEDAW all'ordinamento italiano (con un cenno alla Francia), in DPCE online, n. 1, 2021; A. SIMONATI, La CEDAW negli USA e il ruolo del diritto amministrativo: elogio della tecnica dei piccoli passi...che risuonano nel silenzio assordante, in DPCE online, n. 1, 2021; A. APOSTOLI, L'attuazione della CEDAW nell'ordinamento interno, in DPCE online, n. 1, 2021; C. CARDINALI, CEDAW e adeguamento dell'ordinamento italiano. La rilevanza delle discriminazioni basate su genere, sesso, orientamento sessuale, identità di genere e la loro intersezione, in DPCE online, n. 1, 2021; S. PITTO, "Nomina nuda tenemus". Riflessioni sulla garanzia del principio di uguaglianza a partire dalla nozione di "discriminazione" della CEDAW, in DPCE online, n. 1, 2021.

⁵⁴¹ Come osservato da E. PODDIGHE, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere.*, Roma, 2018.

⁵⁴² In tale senso, Corte cost. 21 dicembre 2016, n. 286 (per un commento, si veda E. MALFATTI, *Illegittimità dell'automatismo, nell'attribuzione del cognome paterno: la "cornice" (giurisprudenziale europea) non fa il quadro*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2017; F. ASTONE, *Il cognome materno: un passo avanti, non un punto d'arrivo, tra certezze acquisite e modelli da selezionare*, in *Giur. cost.*, n. 1, 2017, 485 ss.; A. SCAGLIARINI, *Dubbe certezze e sicure incertezze in tema di cognome dei figli*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2017; C. INGENITO, *L'epilogo dell'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio*, in *Osservatorio AIC*, n. 3, 2017; Cass., 3 maggio 2017, n. 36168; Cass., 6 giugno 2017, n. 13980.

⁵⁴³ In particolare, si fa leva sui seguenti riferimenti legislativi: L. 15 febbraio 1996, n. 66; L. 8 marzo 2000, n. 53; L. 4 aprile 2001, n. 154; L. cost., 18 ottobre 2001, n. 3; L. cost., 30 maggio 2008.

⁵⁴⁴ A tale proposito, T. DREYFUS, *The "half-invention" of gender identity in international human*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

alla Convenzione trova giustificazione nella *ratio* della medesima, consistente nel porre la donna sullo stesso piano dell'uomo, senza però agire in termini di rimozione degli ostacoli⁵⁴⁵.

Nell'ambito delle Conferenze mondiali sulle donne, riveste importanza – in tale sede – la quinta, denominata “Pechino+10”; il suo intento era quello di appurare quali e quanti traguardi fossero stati conseguiti tra quelli riportati nella piattaforma del 1995. In tale circostanza, il segretario generale dell'ONU illustrava sette priorità strategiche, richiedenti ulteriori risorse ed energie sul piano internazionale, tra cui il diritto all'istruzione.

Sul versante europeo, sin dall'inizio degli anni Ottanta, l'attuazione delle pari opportunità è stata inserita tra le questioni primarie dalla Commissione europea, al punto tale da divenire un'azione trasversale – di *mainstreaming* – implicante la sua applicazione in tutti gli ambiti⁵⁴⁶. A tal riguardo, tra i diversi programmi di azione, il quinto (2001-2006), nel definire i settori di intervento incisivi, ribadiva l'importanza di investire nell'evoluzione dei ruoli e nella eliminazione degli stereotipi «*soprattutto nell'istruzione, nell'informazione, nella cultura e nella scienza*». In tale contesto, trova margine il percorso strategico quinquennale per contrastare le disparità esistenti nei settori della vita civile: il documento – c.d. “*Road Map*” – sottolinea come «*i ruoli maschili e femminili continuano a influenzare importanti decisioni individuali riguardanti l'istruzione, le scelte professionali, gli accordi di lavoro, la famiglia e la fertilità*».

Quanto appena esposto è marcato nella più recente “Raccomandazione del Parlamento europeo sull'eliminazione degli stereotipi di genere”, la quale sollecita azioni di sensibilizzazione nell'ambito dell'Unione Europea miranti al superamento degli stereotipi nei settori dell'istruzione e della formazione. In particolare, sono proposte una serie di azioni, concernenti tre aree incisive: gli studenti, gli insegnanti e i piani di studio. Per quanto concerne i primi, si pone in luce «*la necessità di predisporre specifici corsi di orientamento professionale nelle scuole primarie e secondarie e negli istituti di istruzione superiore*», in modo tale da informare i giovani circa le conseguenze negative degli stereotipi di genere e incitarli a intraprendere percorsi di studi e professioni considerati in precedenza usualmente “maschili” o “femminili”.

Nel corso degli anni, la maggior parte dei Paesi europei si è preoccupata di mettere in atto le politiche in tema di educazione di genere. L'Italia, invece, rientra tra quei pochi Stati “spogli” di politiche significative in tema di parità di genere nel campo dell'istruzione. Tale

rights law: from Cedaw to the Yogyakarta principles, cit., 36, pone in dubbio il carattere universale della CEDAW, in quanto essa non tutela le persone transessuali, intersessuali e tutti coloro che non si riconoscono nel modello binario eterosessuale.

⁵⁴⁵ Come osservato da A. MAZZOLA, *La Convenzione CEDAW a quarant'anni dalla sua approvazione*, in *DPCE online*, n. 1, 2021, 608, la Costituzione italiana si limita «ad esemplificare le forme in cui il principio di eguaglianza e di parità fra i generi dovrebbe trovare espressione».

⁵⁴⁶ Sul tema, si veda L. PULEJO, *La gender equality nell'economia dell'azienda. Strategie e strumenti di mainstreaming di genere per lo sviluppo sostenibile*, Milano, 2012; F. DI SARCINA, *Cultura di genere e politiche di pari opportunità il gender mainstreaming alla prova tra UE e Mediterraneo*, Bologna, 2014.



situazione è imputabile – a giudizio di chi scrive – alla mancata percezione della disuguaglianza di genere come un problema cruciale.

6. L'accesso delle donne agli atenei universitari e alle professioni

Nel 1875, il Regolamento Bonghi⁵⁴⁷ ammetteva, per la prima volta, l'accesso delle donne all'Università, alle medesime condizioni degli uomini. È doveroso precisare come prima di tale momento esse potevano accedere a tali sedi solo se invitate ad ascoltare prolusioni o ad assistere a lezioni di rinomati docenti; in alternativa, esse potevano iscriversi a taluni corsi, frequentarli come uditrici e sostenere anche gli esami, dai quali conseguivano un attestato privo di valore legale. La frequenza universitaria implicava il possesso del diploma del liceo, in precedenza rilasciato esclusivamente agli uomini; tale circostanza, dunque, presupponeva la necessaria iscrizione al liceo, che però fu consentita soltanto nel 1883. Agli inizi del Novecento, le donne che conseguirono la laurea, di cui la metà circa nelle migliori Università del nord, avevano quasi tutte ottenuto la licenza liceale; una ristretta cerchia, invece, proveniva da altri tipi di istituti, e pertanto, si ritrovarono invischiate in farraginosi procedimenti burocratici. Tra di esse, anche Maria Montessori (iscrittasi all'istituto tecnico), la quale, per poter accedere al corso di laurea in medicina, dovette frequentare per due anni la facoltà di Scienze.

Occorre prestare attenzione alla difficoltà di passaggio dal conseguimento della laurea all'esercizio della professione ad essa corrispondente. Per quel che concerne il contesto giudiziario, nel 1914 fu rigettata la prima iscrizione di una donna all'albo dei notai (riconosciuta solo negli anni Trenta)⁵⁴⁸; analogamente, non era consentito ad esse di esercitare la professione legale⁵⁴⁹. A tale proposito, si segnalano i casi di Lidia Poët e di

⁵⁴⁷ R.D. 3 ottobre 1875, n. 2728 («Regolamento generale universitario»). Nello stesso periodo storico, l'ingresso della figura femminile nell'Università avviene in altri Paesi europei. Sul tema, si veda R. MCWILLIAMS TULBERG, *Women at Cambridge, Cambridge*, 1998; P. M. MAZÓN, *Gender and The modern Research University. The Admission of Women to German Higher Education, 1865-1914*, Stanford, 2003; P. GOVONI, *Donne e scienze nelle università italiane, 1877-2005*, in Ead. (a cura di), *Storia, scienze e società. Ricerche sulla scienza italiana in età moderna*, Bologna, 2006, 239-288.

⁵⁴⁸ Corte di Appello, 8 aprile 1914. In tale vicenda, il giudice di secondo grado fece leva sul dettato “della legge speciale e della legge comune”, che impediva l'accesso delle donne ad ogni ufficio che implicasse “funzioni attinenti all'azione giudiziaria”.

⁵⁴⁹ Sul punto, G. ALPA, *Il diritto di essere se stessi*, Milano, 2021, afferma che «la generosità maschile sull'ingresso delle donne nel mondo del diritto è sempre stata assai rara: la donna diviene *sui iuris* soltanto con l'abolizione della tutela maritale, in Italia nel 1919, e con un'applicazione molto limitata delle nuove regole. È questo il *discrimen* tra lo status giuridico della donna come persona, come membro della famiglia, come componente della società, e della donna come esercente la professione forense». In tale periodo storico, si riteneva che la figura femminile fosse più adatta alla collaborazione nelle riviste giuridiche o ai commenti delle decisioni magistratali (sul punto, si veda, A. M. IMPERIOSO, *Donne a colori e in bianco e nero. Realtà sociale e immaginario attraverso la satira del ventennio.*, Seminario di Studio, Brescia, 18 aprile 2020).



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Teresa Labriola⁵⁵⁰. La prima – laureatasi in giurisprudenza e avente i requisiti prescritti dalla legge professionale del 1974 – ottenne l'iscrizione all'Albo degli avvocati da parte dell'Ordine; tuttavia, tale decisione generò tensioni e accese reazioni non solo nel contesto giuridico, ma anche in Parlamento e tra l'opinione pubblica. La deliberazione del Consiglio dell'Ordine fu così annullata dalla Corte di Appello⁵⁵¹; la decisione del giudice di secondo grado fu poi confermata dalla Corte di Cassazione⁵⁵². È emblematico il ricorso condiviso ad argomentazioni di carattere extragiuridico⁵⁵³, fondate su considerazioni generali scaturenti dalla mentalità e dalla cultura del tempo⁵⁵⁴.

La stessa ottenne l'iscrizione all'Albo degli Avvocati di Torino nel lontano 1920, all'età di sessantacinque anni, a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 1176 /1919 (c.d. legge Sacchi) sulla capacità giuridica della donna⁵⁵⁵.

Parimenti, Teresa Labriola, ammessa all'esame di abilitazione all'esercizio della professione forense – originariamente accolta dal Consiglio dell'Ordine in ragione dell'incarico da essa rivestito come docente di Filosofia del diritto all'Università di Roma – vide la propria richiesta di iscrizione annullata; anche per essa, dunque, si rivelò decisiva la legge Sacchi del 1919.

6.1. Differenze di genere nell'ambito accademico. Quali prospettive?

⁵⁵⁰ Per un approfondimento su tali casi, si veda F. TACCHI, *Eva Togata. Donne e professioni giuridiche in Italia dall'Unità a oggi*, Torino, 2009.

⁵⁵¹ App. Torino, 11 novembre 1883.

⁵⁵² Cass. Torino, 18 aprile 1884.

⁵⁵³ L'unico fondamento giuridico è individuato dai giudici in un passo di Ulpiano, ove si afferma che «*Foeminae ab omnibus officiis civilibus et publicis remotae sunt, et ideo nec iudices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere*» («Le donne sono state rimosse da tutti gli uffici civili e pubblici, e quindi non possono essere giudici, né ricoprire cariche, né pretendere, né intervenire per conto di altri, né esistere come procuratori»).

⁵⁵⁴ Nell'ottica della Corte di Appello, «l'esercizio dell'avvocatura da parte di una donna sarebbe una cosa tutt'affatto straordinaria e fuori dalle pratiche e dalle costumanze della nostra vita civile; sarebbe disdicevole e brutto veder le donne discendere nella forense palestra, accalorarsi in discussioni che facilmente trasmodano, e nelle quali anche, loro malgrado, potrebbero essere tratte oltre i limiti che al sesso più gentile si conviene di osservare». La Cassazione, invece, motiva l'esclusione delle donne dalla pratica forense sulla base della mancata menzione delle donne nella legge del 1874, disciplinante l'esercizio della professione forense; il giudice di legittimità, altresì, sottolinea come non solo il legislatore italiano, ma anche altri legislatori «si sono trovati nella necessità, per ragioni appunto d'ordine morale e sociale, non meno che per l'interesse della famiglia, che è la base della società, di dovere, a riguardo delle donne, riconoscere e mantenere in massima uno stato particolare restrittivo di diritti . . . per conseguenza non è ancora ammessa la libera, assoluta concorrenza della donna in ogni genere di ufficio sociale, anzi è esclusa dalla diretta compartecipazione alla pubblica attività nelle cariche, funzioni, ed uffici pubblici».

⁵⁵⁵ L. 17 luglio 1919 n. 1176. Ai sensi dell'art. 7 di tale legge: «Le donne sono ammesse, a pari titolo degli uomini, ad esercitare tutte le professioni ed a coprire tutti gli impieghi pubblici, esclusi soltanto, se non vi siano ammesse espresse espressamente dalle leggi, quelli che implicano poteri pubblici giurisdizionali o l'esercizio di diritti e di potestà politiche, o che attengono alla difesa militare dello Stato secondo la specificazione che sarà fatta con apposito regolamento». Sul tema, si veda G. ALPA, *L'ingresso della donna nelle professioni legali*, in *Rassegna Forense*, n. 2, 2010, 238-240.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Una maggiore presenza femminile nelle Università si è riscontrata a partire dalla sopraindicata legge Sacchi; in epoca repubblicana, poi, si è assistiti ad un più avanzato stato di maturazione del processo di emancipazione femminile. Fondamentale si è rivelato il contributo dei giudici costituzionali, con la storica sentenza n. 33/1960⁵⁵⁶, di incostituzionalità della legge n. 1776/1919, nella parte in cui escludeva le donne da tutti gli uffici pubblici che richiedevano l'esercizio di diritti e di potestà politiche; tale criticità, però, fu risolta definitivamente con la legge n. 66/1963⁵⁵⁷ di ammissione generalizzata delle donne ai pubblici uffici ed alle professioni. Tuttavia, occorre evidenziare come la sentenza n. 33/1960 non esclude la validità del requisito attitudinale: tale requisito poteva operare in quei ridotti casi in cui si potesse presumere, in assenza di altre prove, la non idoneità degli appartenenti all'uno o all'altro sesso ad assolvere un dato ufficio pubblico⁵⁵⁸. Un ruolo significativo è stato assolto anche dalla Corte di Giustizia: nel fare valere (l'ampio) divieto di discriminazione sulla base della nazionalità sancito dalle norme dei trattati, essa ha promosso un "effetto trascinalimento"⁵⁵⁹ anche sul divieto di trattamenti differenziati in ragione del sesso⁵⁶⁰.

Sul versante sovranazionale, la Commissione Europea per lo Sviluppo e la Ricerca ha iniziato ad adottare talune misure volte a incrementare la presenza delle donne nella scienza e nella tecnologia verso la metà degli anni Novanta, mettendo in atto un sistema sempre più vasto di iniziative per incentivare gli atenei universitari e i centri di ricerca a risolvere le disuguaglianze di genere. Nel 1998, il tema "donne e scienza" figurava nell'agenda della Commissione; l'anno conseguente, essa ha dato vita al gruppo di Helsinki, ossia un comitato composto da funzionari ed esperti provenienti da 15 Stati membri dell'Unione Europea, avente il compito di stimolare la discussione su misure e politiche da realizzare a livello territoriale, nazionale ed europeo. I progetti elaborati negli ultimi anni si sono sviluppati su linee programmatiche imputabili a tre diversi approcci⁵⁶¹. Il primo approccio, noto come *fixing the number of women*, puntava ad aumentare il numero delle donne nella scienza e nella ricerca; una maggiore partecipazione femminile negli organi di vertice e collegiali

⁵⁵⁶ Corte cost., 18 maggio 1960, n. 33. Per un'analisi recente, si veda B. PEZZINI, *Uno sguardo di genere sulla sentenza 33 del 1960*, in *Osservatorio AIC*, n. 5, 2021; S. SCIARRA, "Effetto farfalla". *La sentenza n. 33 del 1960*, in *Osservatorio AIC*, n. 5, 2021.

⁵⁵⁷ L. 9 febbraio 1963, n. 66 («Ammissione della donna ai pubblici uffici ed alle professioni»). Si ritiene opportuno segnalare che il primo concorso aperto alla partecipazione delle donne fu bandito il 3 maggio 1963 e fu vinto da otto donne, che entrarono in servizio il 5 aprile 1965.

⁵⁵⁸ Come osservato da M. C. GRISOLIA, *Uguaglianza di genere: un intreccio di fattori lontano dall'essere dicitato*, in *Nomos-Le attualità del diritto*, n. 2, 2021, 3.

⁵⁵⁹ Così, L. TRUCCO, *Differenze di genere nell'area giuridica, tra diritto costituzionale ed istituzioni di diritto pubblico*, in *Nomos-Le attualità del diritto*, n. 2, 2021, 2.

⁵⁶⁰ Corte di Giustizia, 8 aprile 1976, *Defrenne v. Sabena*, in C-43/75; Corte di Giustizia, 17 maggio 1990, *Douglas Harvey Barber v. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, in C-262/88; Corte di Giustizia, 30 aprile 1996, *P v S and Cornwall County Council*, in C-13/94.

⁵⁶¹ I. PICARDI, *La dimensione di genere nelle carriere accademiche. Riflessività e cambiamento nel progetto pilota GENOVATE@UNINA*, Napoli, 2017, 15-17.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

avrebbe favorito i processi di inclusione delle donne nella ricerca. A distanza di poco tempo, si è percepita la necessità di spostare il centro di attenzione dalla figura femminile alle istituzioni: nel 2011, la Commissione europea ha promosso lo sviluppo di programmi tesi al *fixing the institutions*, mirando a incoraggiare dei mutamenti strutturali nelle istituzioni. Le politiche a supporto dei percorsi professionali femminili, infatti, non garantiscano da sé condizioni di parità. In tale senso, si segnala la mancata considerazione dell'aspetto della parità di genere nell'esito dei concorsi; a differenza di quanto avviene in altri ordinamenti, nel sistema nazionale di reclutamento dei professori universitari non trova accoglimento il principio secondo cui anche nei concorsi universitari possa essere accordata la preferenza ad un candidato appartenente al sesso sottorappresentato. In un caso di specie⁵⁶², i giudici di Lussemburgo hanno ricordato che gli Stati membri sono tenuti autorizzati a mantenere o adottare misure che prevedano benefici diretti ad evitare o a compensare *handicap* nelle carriere professionali, in modo tale da garantire una piena parità tra uomini e donne nella sfera professionale. Pertanto, è possibile accordare preferenza ad un candidato rientrante nel sesso sottorappresentato rispetto ad un concorrente dell'altro sesso, nella misura in cui i candidati posseggano meriti equivalenti (o quasi) e le candidature siano oggetto di un esame obbiettivo, alla luce della singola situazione personale di tutti i candidati⁵⁶³.

Sebbene lo squilibrio di genere risulti evidente, è incontestabile la crescita progressiva della partecipazione femminile sia nell'area dell'attività di ricerca scientifica sia in quella prettamente accademica. Oggi, le donne raggiungono posizioni di *leadership* e di prestigio: si pensi, all'attuale Rettore dell'Università La Sapienza, eletta alla prima tornata elettorale, conseguendo la maggioranza assoluta dei voti non pesati e dei voti pesati (60,7%). Recentemente, tale ateneo ha introdotto nuove misure concrete per le pari opportunità: l'istituzione della Consigliera di Fiducia⁵⁶⁴ e la costituzione del Comitato tecnico scientifico sulla Diversità ed inclusione.

Al contempo, sono state deluse⁵⁶⁵ le aspettative per lo sviluppo della ricerca e dell'innovazione, nella prospettiva della pari opportunità, collegate al Piano Nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)⁵⁶⁶.

⁵⁶² Corte di Giustizia, 6 luglio 2000, *Abrahamsson*, in C-407/98. Sulla predetta pronuncia, si veda M. CAIELLI, *Un'altra sentenza della Corte di Giustizia sulle azioni positive in favore del lavoro femminile*, in *DPCE*, 2000, 1589 ss.

⁵⁶³ Per E. PACINI DI SUNI, *Le donne nell'università e in magistratura: brevi considerazioni a partire da un'esperienza personale*, in *Nomos-Le attualità del diritto*, n. 2, 2021, 4, si tratta «di misure di parità, non di azioni positive in senso proprio e nel senso accolto dal diritto europeo».

⁵⁶⁴ Sul punto, si veda E. BIGOTTI, *La Consigliera di fiducia nelle Università: il difficile percorso di affermazione di un recente organismo di parità*, in *Queste Istituzioni*, n. 3, 2021, 101-122.

⁵⁶⁵ Critica è la posizione di M. RAVERAIRA, *Le donne nell'Accademia italiana: le sfide per un lungo percorso*, in *Nomos-Le attualità del diritto*, n. 2, 2021, 7.

⁵⁶⁶ A differenza dello scenario nazionale, l'*Horizon Europe 2021-2027* (Programma Quadro Europeo per la Ricerca e l'Innovazione) ammette che, in caso di parità, l'equilibrio di genere nei gruppi di ricerca dovrebbe diventare un elemento determinante, ossia un elemento di giudizio ai fini della sovvenzione dei piani di ricerca che devono includere misure e obiettivi concreti per promuovere la diversità e l'inclusione nella ricerca e nell'innovazione.



7. Conclusioni

A fronte di quanto sostenuto, si ritiene che una parità effettiva potrà essere raggiunta soltanto quando il cambiamento “formale” sarà accompagnato da un processo “sostanziale”⁵⁶⁷. È impossibile pensare di raggiungere l’obiettivo di una democrazia paritaria esclusivamente a livello normativo. La predetta circostanza trova conferma nell’esperienza regionale dove anche l’adozione di norme volte a favorire la parità non sempre soddisfa le aspettative. In tale ottica, si segnala l’art. 6 dello Statuto della Regione Veneto, che riconosce la “dignità della differenza di genere” (*«La Regione, informando la propria azione al principio di responsabilità nei confronti delle generazioni future (...) riconosce e valorizza le differenze di genere e rimuove ogni ostacolo che impedisce la piena parità tra uomo e donna»*).

Al contempo, occorre prendere atto – a parere di chi scrive – della misura del cambiamento nella partecipazione delle donne nel contesto educativo (e in ogni altro campo); in precedenza, la dignità delle donne, infatti, dipendeva *«dall’essere moglie di o anche figlia di, non dalla sua realtà»*⁵⁶⁸. Sotto tale profilo, si ritiene opportuno evidenziare come il *trend* positivo risalga alle stesse donne, le quali richiedono unicamente di essere considerate “persone”, al pari degli uomini, ossia essere umani dotati della medesima dignità⁵⁶⁹.

Con particolare riguardo al caso di specie, la ridotta presenza delle donne nel contesto educativo tende a riflettersi non solo in tale ambito, bensì in tutta la società. Appare necessario – ad avviso di chi scrive – prendere le mosse dall’educazione di genere, in modo tale da diffondere una cultura incentrata sulla parità tra i generi e a prevenire forme di discriminazione.

Infine, l’aver lasciato all’autonomia degli istituti scolastici l’educazione di genere sancita dalla Riforma su “La Buona Scuola” ha reso più complessa la sua attuazione in modo omogeneo a livello nazionale.

⁵⁶⁷ Come anche sottolineato da M. D’AMICO, *Audizione sul Disegno di legge n. 1785, Norme per la promozione dell’equilibrio di genere negli organi costituzionali, nelle autorità indipendenti, negli organi delle società controllate da società a controllo pubblico e nei comitati di consulenza del Governo*, in *Osservatorio AIC*, n. 3, 2021.

⁵⁶⁸ Così, T. SERRA, *Un ricordo personale: il faticoso percorso degli anni Sessanta, Settanta e Ottanta*, in *Nomos-Le attualità del diritto*, n. 2, 2021, 3.

⁵⁶⁹ In particolare, secondo A. ANZON DEMMIG, *Dignità delle donne e parità tra i sessi nell’accesso ad uffici pubblici e a cariche elettive (a proposito della protesta di costituzionaliste e costituzionalisti)*, in *Osservatorio AIC*, n. 3, 2021, 126, «continuare a considerare il progressivo affermarsi delle donne come una vittoria di battaglie contro “gli uomini” visti come categoria nemica e con il ricorso a sistemi di aiuto basati solo sulla quantità dei posti da spartire, lungi dal favorirne il rafforzamento della coscienza della propria autonomia capacità di affermazione e di successo, può al contrario avere l’effetto di potenziare la rassegnazione delle donne a mantenere il loro ruolo subordinato».



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police



Il *leasing* ai privati. Applicazione della normativa consumeristica e incidenza su profili di inquadramento giuridico e di disciplina della fattispecie

di Valentina Viti*
28 aprile 2022

Sommario: 1. Il *leasing* finanziario e la qualificazione soggettiva dell'utilizzatore. – 2. Il *leasing* ai privati nella prassi, nelle prime opinioni dottrinarie e nel susseguirsi degli orientamenti giurisprudenziali. – 3. L'autonomia del *leasing* ai privati dalla vendita con riserva di proprietà e il quesito circa la sua riconducibilità alla tradizionale fattispecie della locazione finanziaria. – 4. La disciplina dei rischi nel *leasing* finanziario e la sua incompatibilità con la normativa consumeristica applicabile al *leasing* ai privati. – 5. Le c.d. clausole di inversione dei rischi quali elementi connotanti il "tipo" locazione finanziaria. La distinzione tipologica fra *leasing* finanziario e *leasing* al consumo e le sue ripercussioni in punto di disciplina della fattispecie. – 6. La locazione finanziaria di immobile da adibire ad abitazione principale. Problemi di incoerenza e asistematicità dell'intervento normativo e di irragionevolezza del sistema.

Abstract: Il leasing finanziario si è dimostrato un efficace strumento per finanziare investimenti utili allo sviluppo delle attività. Questo contributo offre una descrizione dettagliata del leasing finanziario, analizzandone i principali aspetti. Nella prima parte, si esaminano i profili soggettivi, i contratti e le prime opinioni dottrinali e orientamenti giurisprudenziali. Successivamente, si valuta l'autonomia del leasing rispetto alla vendita ai privati, mettendo in evidenza dubbi, rischi e potenziali incompatibilità con la normativa.

Financial leasing has proven to be an effective tool for financing investments useful for business development. This paper offers a detailed description of financial leasing, analyzing its main aspects. In the first part, subjective profiles, contracts and early doctrinal opinions and case law guidelines are examined. Next, the autonomy of leasing from sale to private individuals is assessed, highlighting doubts, risks and potential incompatibilities with regulations.

1. Il *leasing* finanziario e la qualificazione soggettiva dell'utilizzatore

Un aspetto non trascurabile nell'analisi dello schema negoziale del *leasing* finanziario (locazione finanziaria nella locuzione italiana) attiene alla definizione dei profili soggettivi

* Docente a contratto di Diritto civile, Università degli Studi "Roma Tre".



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

connotanti la fattispecie⁵⁷⁰. Partendo da una generale descrizione della figura quale

⁵⁷⁰ Amplessima risulta essere la letteratura giuridica in tema di *leasing* finanziario; pertanto, senza alcuna pretesa di completezza, si rinvia ai contributi di R. CLARIZIA, *La locazione finanziaria* (financial leasing) *come contratto con causa di finanziamento*, in *Il Tremisse*, 1975, n. 19; ID., *La locazione finanziaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, p. 35 e ss.; ID., *La Cassazione, la locazione finanziaria e i contratti di finanziamento*, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 348 e ss.; ID., *I contratti per il finanziamento dell'impresa: mutuo di scopo, leasing, factoring*, in V. Buonocore (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Torino, 2002, p. 144 e ss.; ID., *Contratti di leasing*, in Gabrielli e Lener (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, in Rescigno e Gabrielli (diretto da), *Trattato dei contratti*, Torino, 2004, p. 311 e ss.; G. MIRABELLI, *Il leasing e il diritto italiano*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1974, I, p. 228 e ss.; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974; ID., *Il leasing e il factoring come strumenti di finanziamento*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 9 e ss.; ID., *Il contratto di leasing*, Milano, 1995; V. BUONOCORE, A. FANTOZZI, M. ALDERIGHI e G. FERRARINI, *Il leasing, profili privatistici e tributari*, Milano, 1975; G. FERRARINI, *La locazione finanziaria*, Milano, 1977; ID., *Problemi della locazione finanziaria: esperienze giurisprudenziali e prassi contrattuale in Italia e all'estero*, in P. Verrucoli (a cura di), *Nuovi tipi contrattuali e tecniche di redazione nella pratica commerciale. Profili comparatistici*, Milano, 1978, p. 119 e ss.; V. CALANDRA BONAURA, *Orientamenti della dottrina in tema di locazione finanziaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, p. 183 e ss.; E.M. LEO, *L'essenza del credito e il leasing finanziario*, in *Riv. soc.*, 1978, p. 72 e ss.; G. GABRIELLI, *Sulla funzione del leasing*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 455 e ss.; A. FRIGNANI, *Il leasing verso una disciplina legislativa completa*, in *Giur. it.*, 1983, p. 369 e ss.; ID., *La locazione finanziaria negli ordinamenti di civil e di common law*, in *Riv. it. leasing*, 1988, p. 19 e ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Variazioni civilistiche sul <<leasing>>*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, p. 676 e ss.; G. SBISA e D. VELO, *La giurisprudenza sul leasing in Europa*, Milano, 1984; G. CASELLI, *Leasing*, in *Contr. e impr.*, 1985, p. 213 e ss.; A. BARENGHI, *Osservazioni in tema di leasing*, in *Giur. comm.*, 1985, II, p. 158 e ss.; A.M. MARCHIO, *Atipicità e funzione economica del leasing*, in *Giur. it.*, 1985, p. 1143 e ss.; M. BUSSANI, *Locazione finanziaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, II, p. 585 e ss.; F. GIORGIANNI, *Riflessioni sul contratto di leasing e fallimento dell'«utilizzatore»*, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 15 e ss.; A. MUNARI, *Il leasing come contratto atipico di durata*, in *Foro pad.*, 1986, I, p. 319 e ss.; F. CHIOMENTI, *Il leasing, il Tribunale di Milano e Donna Prassede*, in *Riv. dir. comm.*, 1980, p. 282 e ss.; ID., *Il leasing finanziario e le scuole giuridiche ortopediche*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, II, 94 e ss.; A. LUMINOSO, *Natura del leasing e oggetto dello scambio*, in *Riv. it. leasing*, 1987, p. 525 e ss.; M.R. LA TORRE, *La natura giuridica del leasing secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. it.*, 1988, p. 727 e ss.; N. LIPARI, *Leasing e vendita con patto di riservato dominio alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali*, in A. Munari (a cura di), *Sviluppi e nuove prospettive della disciplina del leasing e del factoring in Italia*, Milano, 1988, p. 67 e ss.; F. DENOZZA, *Aspetti negoziali del leasing*, in AA.VV., *Il leasing verso gli anni '90: fra realtà negoziale e prospettive di cambiamento*, Brescia, 1988, p. 17 e ss.; G. ALPA, *Qualificazione dei contratti di leasing e di factoring e suoi effetti nella procedura fallimentare*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, II, p. 370 e ss.; A. VIOLANTE, *La «locazione finanziaria» e la individuazione della disciplina*, Napoli, 1988; V. ZENO ZENCOVICH, *Il «leasing» e la causa di finanziamento: una confutazione grafica*, in *Foro it.*, 1988, I, c. 2329; M. BUSSANI e P. CENDON, *I contratti nuovi. Casi e materiali di dottrina e di giurisprudenza. Leasing, factoring, franchising*, Padova, 1989, p. 7 e ss.; S. MONTICELLI, *Leasing*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1989, II, p. 92 e ss.; N. CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Milano, 1990; R. PARDOLESI, *Leasing finanziario: si ricomincia da due*, in *Foro it.*, 1990, I, p. 474 e ss.; D. VELO (a cura di), *Il leasing: manuale sugli aspetti giuridici, economici e fiscali*, Roma, 1991; M. GORGONI, *Sulla qualificazione giuridica del leasing*, in *Riv. not.*, 1993, p. 468 e ss.; F. VASSALLO PALEOLOGO, *I contratti di locazione finanziaria*, Padova, 1994; D. PURCARO, *La locazione finanziaria. Leasing*, Padova, 1998; N. VISALLI, *La problematica del leasing finanziario come tipo contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

operazione con cui un soggetto (il concedente/*lessor*) verso la corresponsione di un canone periodico mette (o, meglio, fa mettere)⁵⁷¹ a disposizione di un altro soggetto (l'utilizzatore/*lessee*) un bene, acquistato o fatto costruire su scelta ed indicazione di quest'ultimo soggetto, il quale ne assume tutti i rischi e ha facoltà di divenirne proprietario al termine del rapporto attraverso il pagamento di un prezzo prestabilito, occorre rilevare come nell'ordinamento italiano non chiara ed incontrastata sia negli anni risultata e risulti tuttora l'individuazione della caratterizzazione soggettiva dell'utilizzatore.

A fronte di un ingresso dell'operazione e di una sua iniziale diffusione nel mercato europeo continentale quale peculiare tecnica di finanziamento per le imprese⁵⁷², nonché dell'esplicito inquadramento della stessa da parte di alcuni ordinamenti europei nell'ambito dei contratti "per l'azienda", in virtù di definizioni normative dello schema negoziale contenenti l'esplicito riferimento alla strumentalità dei beni oggetto dello stesso rispetto a scopi professionali⁵⁷³, nessuna specifica e puntuale presa di posizione in tal senso si è registrata nel sistema italiano. Se, da un lato, chiare sono state le varie previsioni normative adottate dal nostro legislatore in merito alle necessarie qualità professionali richieste per il concedente, il quale, in base, da ultimo, alla disciplina di tipizzazione legislativa del *leasing* finanziario di cui alla legge n. 124 del 2017, deve essere una banca o un intermediario finanziario iscritto in un apposito albo⁵⁷⁴, non può, dall'altro lato, non riscontrarsi la

643 e ss.; G. LENER, *La qualificazione del leasing fra contratto plurilaterale ed <<operazione giuridica>>*, in *Studium iuris*, 2001, p. 1152 e ss.; M. IMBRENDA, *Leasing e lease back*, in P. Perlingieri (a cura di), *Tratt. dir. civ.*, del Consiglio nazionale del Notariato, Napoli, 2008; V. VITI, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, Roma, 2018.

⁵⁷¹ Questa l'espressione utilizzata nella recente disciplina della locazione finanziaria di cui alla legge annuale per il mercato e la concorrenza (l. 4 agosto 2017, n. 124), nel cui comma 136 dell'art. 1 si legge che la banca o l'intermediario finanziario concedente <<si obbliga ad acquistare o a far costruire un bene su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo fa mettere a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo>>. L'espressione in discorso tende ad evidenziare come nell'operazione di *leasing* finanziario la cosa sia consegnata all'utilizzatore direttamente dal fornitore.

⁵⁷² Il *leasing* finanziario nacque ed ebbe diffusione negli Stati Uniti d'America come moderna tecnica di finanziamento delle imprese nel secondo dopoguerra, dapprima nel settore immobiliare e, successivamente, in quello mobiliare dei macchinari industriali, per fare ingresso nel mercato europeo continentale negli anni '60 dello scorso secolo grazie ad alcune società di *leasing* nordamericane in cerca di nuovi mercati in cui svolgere la propria attività finanziaria.

⁵⁷³ L'ordinamento francese e quello belga, ad esempio, hanno in passato previsto definizioni dell'operazione contenenti l'esplicito riferimento al fatto che i beni oggetto della stessa fossero *d'outillage et d'équipement*, presupponendo dunque la natura imprenditoriale dell'utilizzatore. Anche gli ordinamenti di *common law* si erano dall'origine orientati in tal senso, presupponendo che oggetto dell'operazione fosse l'*equipment*. Chiare le indicazioni provenienti anche dal quadro internazionale ove con la Convenzione sul *leasing* finanziario internazionale (art. 1) si è prescritta la destinazione dei beni ad uno scopo economico o professionale.

⁵⁷⁴ Nel comma 136 dell'art. 1 della l. n. 124 del 2017 la figura del concedente è identificata con <<la banca o l'intermediario finanziario iscritto nell'albo di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385>>. Indicazioni circa una siffatta caratterizzazione soggettiva professionale del concedente si erano, tuttavia, già avute, a livello normativo, con



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

persistente assenza di precise e determinanti indicazioni sul punto della qualificazione soggettiva del *lessee*, contenendo la medesima ultima normativa menzionata un generico riferimento alla figura dell'«utilizzatore», senza alcun richiamo alla veste imprenditoriale o privata del medesimo, ed un altrettanto generico riferimento al «bene» oggetto del contratto di locazione finanziaria, senza alcuna specificazione circa la natura strumentale a scopi professionali o di consumo dello stesso⁵⁷⁵.

Ecco allora che l'interrogativo sulla connotazione soggettiva del *leasing* finanziario nel senso della necessaria natura imprenditoriale/professionale dell'utilizzatore, con conseguente carattere strumentale dei beni messi a disposizione del medesimo, ovvero, all'opposto, nel senso di un rilievo neutro della qualificazione soggettiva di tale soggetto nella ricostruzione del tipo negoziale, con conseguente configurabilità anche di un *lessee* privato e di una caratterizzazione del bene oggetto dell'operazione quale bene di consumo, è un interrogativo che si mostra senz'altro attuale e che, anzi, si ritiene risulti rivitalizzato a seguito di alcuni, alquanto recenti, interventi normativi che hanno portato all'espressa menzione e, dunque, al riconoscimento nel nostro ordinamento della figura del c.d. *leasing* al consumo⁵⁷⁶, nonché all'introduzione nel medesimo della fattispecie del *leasing* c.d. abitativo⁵⁷⁷.

2. Il *leasing* ai privati nella prassi, nelle prime opinioni dottrinarie e nel susseguirsi degli orientamenti giurisprudenziali

Il modo in cui nel tempo la questione delineata è stata affrontata e le opinioni e posizioni in merito profilatesi hanno sicuramente risentito della prassi che ha caratterizzato l'iniziale diffusione dell'operazione nell'ordinamento ed il suo successivo consolidamento entro lo stesso. È così che, in un primo momento, un ricorrente utilizzo dello schema del *leasing* finanziario quale fondamentale strumento di finanziamento per le imprese, unito ad

l'introduzione dapprima della legge n. 197 del 1991 ed, in un secondo momento, del testo unico in materia bancaria e creditizia (d.lgs. n. 385 del 1993), con cui si era riservato l'esercizio delle attività finanziarie, fra le quali deve essere annoverata la locazione finanziaria, a banche o ad intermediari finanziari.

⁵⁷⁵ La definizione della locazione finanziaria fornita nella l. n. 124 del 2017 fa riferimento a quel «contratto con il quale la banca o l'intermediario finanziario (...) si obbliga ad acquistare o a far costruire un bene su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo fa mettere a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo che tiene conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto».

⁵⁷⁶ L'espresso riferimento alla «locazione finanziaria (leasing) ai consumatori» è stato introdotto nella disciplina del credito ai consumatori di cui agli artt. 121 e ss. del t.u.b. con la novella di cui al d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 ed è contenuto in due disposizioni, l'art. 122, comma 3 e l'art. 125 *quinquies*, comma 3 del testo unico.

⁵⁷⁷ La figura del «contratto di locazione finanziaria di immobile da adibire ad abitazione principale» è stata introdotta nel nostro ordinamento con la l. 28 dicembre 2015, n. 208, che ne ha dettato una disciplina, civilistica e fiscale, nei commi 76 e ss. dell'art. 1.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

una normativa volta a limitare il *favor* fiscale, riservato alla figura, ai soli soggetti economici⁵⁷⁸, ha portato la gran parte degli studiosi a ritenere che la locazione finanziaria si connotasse quale contratto soggettivamente qualificato in senso professionale non solo dal lato del concedente, ma anche da quello dell'utilizzatore e, dunque, quale contratto fra imprese⁵⁷⁹. Opinione che si riscontrava avere un ulteriore avallo in alcuni progetti di disciplina della figura di iniziativa parlamentare, poi rivelatisi infruttuosi, nei quali espresso era il riferimento al contesto imprenditoriale di svolgimento dell'operazione e alla natura strumentale dei beni oggetto della stessa⁵⁸⁰.

Il percorso risolutivo della problematica è, tuttavia, divenuto meno lineare allorquando, nel corso degli anni '70, le società di *leasing* iniziarono a servirsi dello schema negoziale in esame in operazioni in cui ad essere coinvolti quali utilizzatori non furono più imprenditori o professionisti, bensì privati, estendendo così di fatto l'oggetto della locazione finanziaria a beni standardizzati e di largo consumo ed indirizzando tale contratto anche alla realizzazione di esigenze private. Le iniziali reazioni della dottrina a tale nuova tendenza furono prevalentemente critiche. La maggior parte degli autori, partendo soprattutto dalla constatazione dell'impossibilità per il consumatore di avvalersi del regime fiscale di favore riservato alla contrattazione e della preordinazione del bene a scopi ed esigenze personali, ritenne il *leasing* ai privati un'utilizzazione anomala, distorta della figura del *leasing* finanziario, comportante uno snaturamento del tradizionale schema negoziale, in quanto sostanzialmente rispondente ad un interesse del *lessee* all'acquisto della proprietà del bene piuttosto che allo sfruttamento delle sue utilità. Il *leasing* ai privati, dunque, pur strutturalmente simile alla locazione finanziaria tradizionale, venne considerato in realtà

⁵⁷⁸ Il riferimento alla natura imprenditoriale/professionale del *lessee* è stato sin da subito presupposto dalla disciplina fiscale della locazione finanziaria, nella quale, esclusivamente a fini di deducibilità dei relativi canoni, si è richiesto che i beni concessi in godimento fossero strumentali all'esercizio dell'attività imprenditoriale o professionale dell'utilizzatore.

⁵⁷⁹ A. TABET, *La locazione di beni strumentali (leasing)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1973, II, p. 290; G. MIRABELLI, *Il leasing e il diritto italiano*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1974, p. 249; V. CALANDRA BONAURA, *Orientamenti della dottrina in tema di locazione finanziaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, p. 215; G. FOSSATI, *Il leasing, moderna tecnica di finanziamento delle imprese*, cit., p. 11 e ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Variazioni civilistiche sul leasing*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, p. 676; R. CLARIZIA, *La locazione finanziaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, II, p. 35; A.M. MARCHIO, *Atipicità e funzione economica del leasing*, in *Giur. it.*, 1985, I, p. 1143; F. GUERRERA, *Il procedimento di formazione dell'operazione di leasing finanziario*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 861 e ss.; G.A. RESCIO, *La traslazione del rischio contrattuale nel leasing*, cit., p. 157; A. MUNARI, *Il leasing finanziario nella teoria dei crediti di scopo*, cit., p. 275; G. DE NOVA, *Nuovi contratti*, cit., p. 192; A. DI AMATO, *Impresa e nuovi contratti*, Napoli, 1991, p. 258; M. BUSSANI, *Proprietà, garanzia e contratto. Formule e regole nel leasing finanziario*, cit., p. 28.

⁵⁸⁰ Il riferimento è al disegno di legge D'Arezzo del 1973, al disegno di legge Speranza del 1976 e a quello Nencioni del 1978, nei quali si richiamava, anche se solo con riguardo alla locazione finanziaria avente ad oggetto beni immobili, <<l'uso industriale, commerciale o di pubblico interesse>> del bene.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

funzionalmente equiparabile ad una vendita con riserva di proprietà⁵⁸¹, con il conseguente rilievo del rischio di un utilizzo fraudolento della struttura contrattuale, all'epoca atipica, in quanto sostanzialmente indirizzata al perseguimento di funzioni negoziali tipiche (quelle della vendita) con lo scopo di eludere l'applicazione delle relative norme imperative ed, in particolare, di alcune disposizioni poste a tutela del compratore/contraente debole quali quelle contenute nell'art. 1526 c.c.⁵⁸².

Nella descritta direzione ebbe a muoversi la prima giurisprudenza di merito e di legittimità che, sul finire degli anni '70 e nel corso degli anni '80 fu chiamata ad occuparsi

⁵⁸¹ In tal senso cfr. V. BUONOCORE, voce *Leasing*, in *Noviss. dig. it., App.*, IV, Torino, 1983, p. 798, nt. 3; ID., *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. it. leasing*, 1993, p. 618; ID., *La locazione finanziaria*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2008, p. 45; M. GORGONI, *Credito al consumo e <<leasing>> traslativo al consumo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 1125 e ss., secondo la quale il c.d. *leasing* traslativo al consumo non ha nulla in comune con il *leasing* tradizionale, al di là della struttura negoziale utilizzata dalle parti, trattandosi di un'operazione di credito al consumo connotata dall'interesse del consumatore ad acquistare la proprietà del bene e, conseguentemente, di <<uno schermo ingegnosamente utilizzato dalle parti (o da una parte) per eludere l'applicazione delle norme che tutelano il consumatore>>; L. DI NELLA, *Le Sezioni unite e <<i>> leasing*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 328 e ss., secondo cui la distinzione fra *leasing* al consumo e locazione finanziaria d'impresa, nonché l'assimilabilità della prima figura alla vendita sarebbe ulteriormente autorizzata dall'applicabilità a tale figura delle norme dettate dal t.u.b. in tema di credito al consumo ed, in particolare, della vecchia disposizione di cui all'art. 125, comma 1, dalla quale sarebbe derivata la riferibilità alla locazione finanziaria al consumo dell'art. 1525 c.c. e, correlativamente, anche dell'art. 1526 c.c.; M. PALAZZI, *Il contratto di leasing e la nuova disciplina delle clausole vessatorie*, in G. Alpa e S. Patti (a cura di), *Le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, II, Milano, 1997, p. 1210 e ss., il quale sostiene che il *leasing* <<traslativo al consumo>> si tradurrebbe <<nello schermo tipologico (...) che, strutturalmente del tutto simile alla locazione finanziaria d'impresa, funzionalmente è equiparabile ad una vera e propria vendita con riserva di proprietà>>; S. MONTICELLI, *Il leasing*, in G. Alpa e M. Bessone (a cura di), *I contratti in generale*, Agg. 1991-1998, II, in W. Bigiavi (fondato da), *Giur. sist. dir. civ. comm.*, Torino, 1999, p. 922, secondo cui nel caso di *leasing* di beni di consumo <<si appalesa l'opportunità di prescindere completamente dalla qualificazione giuridica operata dalle parti qualificando senz'altro il contratto in questione come vendita a rate con riserva della proprietà e, conseguentemente, applicandone in via estensiva e diretta la disciplina, ritenendo senz'altro ingiustificabili certe clausole pattizie derogatrici rispetto al suindicato modello tipico>>; F. FALCO, *Il credito al consumo. Artt. 121-128*, in G. Vettori (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, p. 614.

⁵⁸² In tali termini V. BUONOCORE, voce *Leasing*, in *Noviss. dig. it., App.*, cit., p. 798, nt. 3; ID., *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, cit., p. 618; ID., *La locazione finanziaria*, cit., p. 45, in cui si legge che il *leasing* al consumo <<presenterebbe, rispetto all'omologo contratto di vendita con riserva della proprietà, un'unica peculiarità, e cioè quella di recepire le clausole contrattuali, poi divenute norme usuarie, a favore del concedente, con il bel risultato di eludere, senza giustificazione alcuna, le norme in tema di vendita con patto di riservato dominio e segnatamente l'art. 1526 c.c.>>; G. STELLA RICHTER, *Problemi attuali del parabancario (con specifico riguardo al leasing e al factoring)*, in *Giust. civ.*, 1988, p. 427 e ss.; G. BONFANTE, *I rapporti pendenti nel fallimento e la locazione finanziaria*, Milano, 1989, p. 43 e ss.; N. CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, cit., p. 172; M. PALAZZI, *Il contratto di leasing e la nuova disciplina delle clausole vessatorie*, cit., p. 1210-1211. Di *leasing* traslativo al consumo quale schema volto ad eludere l'applicazione delle norme poste a tutela del consumatore quale parte contrattuale debole parla M. GORGONI, *Credito al consumo e <<leasing>> traslativo al consumo*, cit., p. 1137.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

della questione. In due note pronunce della giurisprudenza di merito milanese, in particolare, si ebbe cura di delineare con nettezza i tratti distintivi intercorrenti fra locazione finanziaria e vendita con riserva di proprietà, evidenziando come, mentre quest'ultimo schema negoziale avrebbe rappresentato lo strumento volto a consentire alle categorie a reddito di lavoro, parte debole della contrattazione, di accedere ai beni di consumo senza la preventiva accumulazione del prezzo, il *leasing* finanziario si sarebbe, invece, posto quale mezzo di finanziamento delle imprese, preordinato allo sviluppo delle stesse attraverso la messa a disposizione di beni strumentali all'esercizio dell'attività professionale di un soggetto che, in quanto imprenditore/professionista, non si sarebbe trovato nella posizione di contraente più debole⁵⁸³. Si sostenne così che un contratto di *leasing* che avesse previsto la concessione in godimento di un bene non strumentale all'impresa non avrebbe dovuto ritenersi meritevole di tutela *ex art.* 1322, comma 2, c.c., poiché le parti per soddisfare i loro interessi avrebbero potuto adottare lo schema della vendita con riserva di proprietà⁵⁸⁴, con l'ulteriore deduzione che l'impiego in tal caso della diversa figura della locazione finanziaria si sarebbe tradotto nell'illiceità dello stesso contratto per elusione di quelle norme imperative della vendita con patto di riservato dominio poste a tutela del contraente più debole⁵⁸⁵. L'individuazione della natura imprenditoriale/professionale del *lessee* quale specifico tratto caratterizzante il *leasing* finanziario, cui la richiamata giurisprudenza di merito giunse sulla base delle esposte argomentazioni, venne in quel periodo affermata anche in alcune pronunce del Supremo Collegio, nelle quali si pose in evidenza la connotazione di contratto <<per l'azienda>> della figura in esame, sottolineandone la preordinazione a scopi di carattere non personale e valorizzando la particolare correlazione esistente fra la natura imprenditoriale dei soggetti

⁵⁸³ Trib. Milano, 15 maggio 1978, in V. Buonocore e A. Luminoso (a cura di), *Contratti d'impresa*, II, Milano, 1993, p. 1499 e in *Bancaria*, 1979, p. 633; App. Milano, 16 novembre 1979, in V. Buonocore e A. Luminoso (a cura di), *Contratti d'impresa*, cit., p. 1504 e in G. De Nova, *Il contratto di leasing*, cit., p. 71 e ss.). Il caso preso in considerazione dalle due sentenze riguardava un contratto di *leasing* avente ad oggetto una autovettura non strumentale all'esercizio dell'impresa dell'utilizzatore, titolare di una pizzeria, ed idonea a mantenere gran parte del suo valore alla scadenza del contratto contro un prezzo d'opzione fissato in misura irrisoria.

⁵⁸⁴ In dottrina per la non meritevolezza di tutela del contratto di *leasing* concluso da un utilizzatore non professionista si veda G. AQUARO, *Contratto di leasing e nuova disciplina sulla vendita dei beni di consumo*, in *Vita not.*, 2004, 1, p. 462 e ss. Dubbi circa la meritevolezza di tutela del *leasing* <<traslativo>> di beni di consumo sono stati espressi anche da M. PALAZZI, *Il contratto di leasing e la nuova disciplina delle clausole vessatorie*, cit., p. 1210.

⁵⁸⁵ In tali termini Trib. Milano, 15 maggio 1978, cit. Secondo i giudici lombardi una diversa opinione avrebbe consentito la diffusione di *leasing* "anomali" aventi ad oggetto autovetture, televisori, frigoriferi e altri beni durevoli di qualche valore, permettendo un facile aggiramento delle norme relative alla vendita con riserva di proprietà. Proprio la "nuova" funzione di finanziamento dell'impresa perseguita attraverso il *leasing* finanziario avrebbe, secondo tale impostazione, giustificato la atipicità del *leasing* stesso (e la sua peculiare regolamentazione), venendo conseguentemente tale giustificazione meno in presenza di un utilizzatore non professionista e di un bene non produttivo destinato a sopperire ad esigenze personali di quest'ultimo.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

coinvolti nell'operazione e la autonoma causa di finanziamento qualificante la stessa⁵⁸⁶.

Un cambio di passo rispetto alla riferita iniziale impostazione si è avuto con l'affermarsi di quella giurisprudenza di legittimità che sul finire degli anni '80 delineò la nota e criticata distinzione fra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo⁵⁸⁷. L'intrecciarsi della elaborata bipartizione con la problematica del *leasing* ai privati è derivato dall'espressa previsione, ad opera del menzionato orientamento giurisprudenziale, della possibilità che oggetto del c.d. *leasing* traslativo fossero beni standardizzati e non strumentali con conseguente natura non imprenditoriale dell'utilizzatore⁵⁸⁸. La tesi della bipartizione, incentrata sulla circostanza che oggetto del contratto fosse un bene atto a conservare alla scadenza del rapporto un esiguo valore e a rendere così l'esercizio dell'opzione di acquisto "marginale" (*leasing* di godimento) ovvero un bene di natura durevole destinato a mantenere un valore di gran lunga superiore al prezzo d'opzione, con conseguente "necessitato" esercizio della stessa e "inevitabile" produzione dell'effetto traslativo (*leasing* traslativo)⁵⁸⁹, venne, infatti, ripetutamente ad affermare che, mentre la tradizionale figura del *leasing* di godimento si sarebbe posta quale strumento di finanziamento delle imprese, il <<nuovo>> *leasing* traslativo avrebbe invece potuto avere ad oggetto anche beni di uso comune preordinati ad esigenze personali dell'utilizzatore, rispetto ai quali sarebbe stata configurabile quella <<diversa funzione di finanziamento finalizzata genericamente ad un risultato traslativo>> che avrebbe connotato tale seconda figura⁵⁹⁰. L'adozione di una siffatta

⁵⁸⁶ Si vedano Cass., 9 aprile 1982, n. 2198, in *Rep. Foro it.*, 1982, voce *Azienda*, n. 11 e Cass., 6 maggio 1986, n. 3023, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 141 e ss.

⁵⁸⁷ Distinzione inaugurata da Cass., 13 dicembre 1989, nn. 5569, 5570, 5571, 5572, 5573, 5574, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, p. 379 e ss. e 741 e ss.; in *Foro it.*, c. 461; in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 28; in *Riv. it. leasing*, 1989, p. 585, successivamente confermata da Cass., sez. un., 7 gennaio 1993, n. 65, in *Giur. it.*, 1993, p. 936; in *Contratti*, 1993, p. 177; in *Società*, 1993, p. 767, in *Riv. it. leasing*, 1993, p. 207; in *Giust. civ.*, 1993, p. 1199; in *Fall.*, 1993, p. 521 e in *Vita not.*, 1993, p. 829, e poi costantemente seguita sia nell'ambito della giurisprudenza di legittimità che di merito per circa un trentennio.

⁵⁸⁸ Secondo M. PALAZZI, *Il contratto di leasing e la nuova disciplina delle clausole vessatorie*, cit., p. 1210, la suddetta bipartizione, operata dalla giurisprudenza e fondata su ragioni di totale inconsistenza, <<è risultata di fatto persino pernicioso, perché ha legittimato l'espansione del modello oltre quelli che sarebbero stati i suoi naturali confini>>.

⁵⁸⁹ Le due delineate figure di *leasing* finanziario si sarebbero, dunque, connotate diversamente proprio da un punto di vista causale, in quanto il *leasing* di godimento si sarebbe caratterizzato per una <<funzione di finanziamento a scopo di godimento del bene>>, mentre nel *leasing* traslativo il trasferimento finale della proprietà della cosa avrebbe inciso in modo determinante sulla funzione del contratto, portando ad individuare nella misura pattuita per i canoni anche una quota di prezzo per la futura cessione del bene. Alla descritta bipartizione i giudici attribuirono una rilevanza centrale ai fini della individuazione della disciplina applicabile alla risoluzione della locazione finanziaria per inadempimento dell'utilizzatore, ritenendo di riferire al *leasing* di godimento la regola dettata per i contratti di durata dall'art. 1458, comma 1, c.c. e di applicare, invece, analogicamente al *leasing* traslativo, assimilato proprio da un punto di vista funzionale ad una vendita con riserva di proprietà, la norma di cui all'art. 1526 c.c.

⁵⁹⁰ In Cass., 13 dicembre 1989, n. 5570, cit., si è affermato testualmente che <<il *leasing*, per la sua particolare duttilità, non solo è stato dall'autonomia privata ritenuto, secondo lo schema tradizionale originario, idoneo a realizzare finalità connesse con la vita dell'impresa e le sue diverse vicende ma si



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

impostazione aprì, quantomeno “formalmente”, le porte della locazione finanziaria alla messa a disposizione di beni non preordinati a scopi imprenditoriali e, dunque, alla possibilità che utilizzatore risultasse essere un privato/consumatore⁵⁹¹. Tuttavia, si ritiene che una attenta valutazione dell'impostazione così adottata dai giudici di legittimità debba indurre a specificare in modo più puntuale la portata innovativa della stessa rispetto al precedente orientamento espresso dalla giurisprudenza. Se, infatti, nelle esaminate pronunce dei giudici lombardi si era statuita la non meritevolezza di tutela del *leasing* al consumo e la sua illiceità per elusione delle norme imperative dettate in tema di vendita con riserva di proprietà, con l'indirizzo giurisprudenziale inaugurato nell'89 si è, sì, configurata la ammissibilità della locazione finanziaria ai “privati”, includendo ufficialmente tale figura nel *leasing* finanziario, ma, nel distinguere fra le due menzionate ipotesi di locazione finanziaria e nel collocare quella avente ad oggetto beni standardizzati e di consumo nell'ambito del c.d. *leasing* “traslativo”, non si è fatto altro che riportare sostanzialmente la fattispecie del *leasing* ai privati ad una causa di scambio, applicando alla stessa proprio quelle norme imperative (in particolare la norma di cui all'art. 1526 c.c.) rispetto alle quali la precedente giurisprudenza aveva lamentato una possibile elusione. Sembra, ad avviso di chi scrive, chiaro allora come il rapporto fra le due illustrate prospettazioni possa inquadrarsi non in termini di netta discontinuità, bensì quale compimento di un processo evolutivo, nel quale è rinvenibile un innegabile *trait d'union* tra le tesi avvicendatesi, rappresentato dal costante e persistente accostamento della figura del *leasing* ai privati alla fattispecie della vendita con riserva di proprietà.

3. L'autonomia del *leasing* ai privati dalla vendita con riserva di proprietà e il quesito circa la sua riconducibilità alla tradizionale fattispecie della locazione finanziaria

È proprio l'accostamento del *leasing* al consumo allo schema della vendita con riserva di proprietà ad aver rappresentato, ad avviso di chi scrive, il maggiore profilo di non divisibilità dei diversi tentativi di ricostruzione e inquadramento giuridico della fattispecie.

Posto l'ormai generale superamento dell'orientamento della bipartizione tra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo, intervenuto con la tipizzazione legale della locazione finanziaria, con cui il nostro legislatore ha chiaramente accolto una concezione unitaria del

è imposto, successivamente pure come contratto che può essere utilizzato da qualsiasi soggetto, anche con riferimento a beni non strumentali all'impresa, ma di largo consumo, facendo così emergere, accanto alla funzione di finanziamento mirata ad assicurare all'impresa la disponibilità in uso degli strumenti operativi, anche una diversa funzione di finanziamento finalizzata genericamente ad un risultato traslativo analogo a quello della vendita rateale>>.

⁵⁹¹ V. BUONOCORE, *Il leasing*, cit., p. 607, parla di una <<consacrazione giurisprudenziale>> dell'estensione del *leasing* anche ai beni di consumo; M. PALAZZI, *Il contratto di leasing e la nuova disciplina delle clausole vessatorie*, cit., 1210, si riferisce ad una legittimazione <<del modello oltre quelli che sarebbero stati i suoi naturali confini>>.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

leasing finanziario ed una ricostruzione dei profili funzionali dello stesso avvalorante lo scostamento della fattispecie dalla figura della vendita ed il riconoscimento in essa di una autonoma causa di finanziamento⁵⁹², si vuole in tale sede rilevare l'ulteriore specifica contestabilità delle ragioni addotte a fondamento della ritenuta "sovrapposizione" fra gli interessi perseguiti attraverso il *leasing* ai privati e quelli propriamente riconducibili ad una causa di scambio. L'opinione volta a dedurre dalla natura privata dell'utilizzatore e dalla destinazione a scopi non produttivi del bene oggetto dell'operazione il necessario ricorrere di un interesse del *lessee* all'acquisto dello stesso bene con dissimulazione di una vendita con patto di riservato dominio si ritiene, infatti, non attribuisca il giusto rilievo alla possibilità che anche rispetto ad esigenze di consumo sia configurabile un interesse allo sfruttamento delle utilità offerte dalla cosa e non al conseguimento della formale titolarità della medesima⁵⁹³. La suddetta opinione si mostra, anzi, contraria ad una riscontrata tendenza, riflesso di un generale mutamento del rapporto fra proprietà e godimento⁵⁹⁴, alla diffusione di forme di acquisizione temporanea della disponibilità di beni anche nel settore dei consumi, che non consente di escludere a priori la prospettabilità del ricorso, anche nel perseguimento di scopi non professionali, a strumenti di finanziamento incentrati sulla sola messa a disposizione della cosa senza il necessario acquisto della relativa proprietà.

Tali considerazioni, unite alla constatazione della ricorrenza, anche nel *leasing* al consumo, di chiari elementi denotanti in esso una causa di finanziamento – quali l'intervento nella veste di concedente di un'impresa finanziaria, la messa a disposizione di un bene di cui, data la presenza dell'opzione d'acquisto, alla fine del rapporto non sarà automaticamente e necessariamente trasferita la proprietà, l'obbligo per l'utilizzatore di corresponsione di

⁵⁹² La normativa di cui ai commi 136 e ss. dell'art. 1 della l. n. 124 del 2017 detta una definizione della locazione finanziaria e ne prevede una disciplina unica e generale, volta a non ammettere alcuna sorta di distinzione all'interno della figura. La medesima normativa, dettando, nel comma 138, una disciplina della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore evidentemente differente da quella rinvenibile nell'art. 1526 c.c., viene a confermare una qualificazione del *leasing* finanziario atta a distinguere e distanziare tale fattispecie dalla figura della vendita con riserva di proprietà e a ricostruirne i profili funzionali incentrandoli attorno ad una causa di finanziamento e non di scambio.

⁵⁹³ Di tendenza dei consumatori, destinata ad affermarsi nella contrattazione di massa, a preferire forme di utilizzo dei beni rispetto all'acquisto in proprietà parla M. IMBRENDA, *Leasing e lease back*, cit., p. 164, la quale, alla luce di una siffatta tendenza, reputa priva di riscontro sul piano applicativo l'impostazione delle pronunce dell'89 volta a ricollegare al *leasing* al consumo l'operare di un effetto traslativo.

⁵⁹⁴ Sul generale mutamento del rapporto fra proprietà e godimento si vedano le osservazioni di V. ZENO ZENCOVICH, *Natura di contratto atipico, causa di finanziamento, risoluzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, p. 581 e ss., riprese da N. LIPARI, *Leasing e vendita con patto di riservato dominio*, in A. Munari (a cura di), *Sviluppi e nuove prospettive della disciplina del leasing e del factoring in Italia*, Milano, 1988, p. 76, secondo cui, mentre le vecchie categorie concettuali ritenevano la proprietà qualcosa di più del godimento, ci si troverebbe di fronte ad un capovolgimento di posizioni nel rapporto proprietà-godimento tale per cui si potrebbe essere portati a riconoscere in capo al proprietario il ruolo di contraente debole. Sulla tendenza alla «emarginazione» della proprietà, con specifico riguardo alla disciplina della compravendita, si richiama l'indagine svolta da C. ANGELICI, «*Consegna*» e «*Proprietà*» nella vendita internazionale, Milano, 1979, p. 24.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

canoni tecnicamente rappresentanti la restituzione dell'importo anticipato dal *lessor* maggiorato degli interessi⁵⁹⁵ – portano a rilevare come il vero nodo da sciogliere in merito all'utilizzo dello schema della locazione finanziaria nella contrattazione con i privati non sia rapportabile ad una questione di “accostamento” e “sovrapposizione” con i tipici interessi caratterizzanti il distinto schema della vendita con riserva di proprietà, ma sia rappresentato dal diverso quesito circa la effettiva riconducibilità di siffatti contratti alla tradizionale fattispecie della locazione finanziaria. Il punto centrale della riflessione si ritiene, in altri termini, debba sostanzarsi nel chiedersi non se il *leasing* ai privati mascheri in realtà altri conosciuti tipi contrattuali, bensì, riconosciuta ad esso autonoma dignità rispetto a schemi a cui lo stesso è stato da più parti assimilato, se il medesimo possa a tutti gli effetti considerarsi un'ipotesi di *leasing* finanziario, riportando di quest'ultimo tutti gli elementi funzionali e strutturali caratterizzanti il “tipo”, o se, viceversa, debba ritenersi una fattispecie contrattuale diversa e distinta⁵⁹⁶.

4. La disciplina dei rischi nel *leasing* finanziario e la sua incompatibilità con la normativa consumeristica applicabile al *leasing* ai privati

Nella verifica in merito alla rapportabilità del *leasing* al consumo allo schema della locazione finanziaria e, dunque, in merito alla riscontrabilità nella prima figura degli elementi descrittivi caratterizzanti il secondo schema negoziale, a balzare all'attenzione e a richiedere un più approfondito vaglio, per l'ipotesi in cui utilizzatore sia un privato, è senza dubbio la particolare disciplina dei rischi connotante tradizionalmente il rapporto fra *lessor* e *lessee*, ovvero la peculiare assunzione da parte di quest'ultimo soggetto di ogni rischio in vario modo connesso al bene oggetto dell'operazione, con riguardo tanto a profili attinenti alla mancanza di qualità, a vizi o inidoneità del medesimo bene, quanto ad aspetti collegati al suo successivo perimento o ad eventuali danni dallo stesso provocati. Una disciplina che, dunque, esonerando il concedente da qualsiasi responsabilità attinente alle vicende del

⁵⁹⁵ Come nel tradizionale *leasing* finanziario, anche nel *leasing* ai privati deve riscontrarsi come gli interessi oggettivizzati nell'operazione da concedente ed utilizzatore tendano a convergere verso una causa di finanziamento, da rapportarsi ad una nozione ampia di finanziamento incentrata sull'attribuzione di risorse in favore di un soggetto che si obbliga alla restituzione del valore ricevuto maggiorato della relativa remunerazione.

⁵⁹⁶ D'altronde, la configurabilità della qualità dei contraenti e della natura del bene oggetto del contratto quali elementi individuativi e distintivi del tipo negoziale si ricava dalla stessa disciplina codicistica, nella quale si rinvencono dei casi esemplari. Si pensi alla distinzione fra contratto d'appalto e contratto d'opera, fondata sulla natura imprenditoriale o meno di uno dei due contraenti, o ancora alla differenziazione fra contratto di locazione e di affitto, incentrata sulla natura produttiva o meno del bene dedotto in contratto. In generale, in merito alla classificazione dei tipi negoziali e all'individuazione dei relativi tratti distintivi si richiamano, fra gli altri, i contributi di G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966; R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, p. 785 e ss.; G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

bene⁵⁹⁷, comporta quale rilevante conseguenza quella di precludere all'utilizzatore la possibilità di far valere nei confronti del *lessor* l'inadempimento del fornitore al fine di sospendere il pagamento dei canoni o di risolvere il contratto di *leasing*⁵⁹⁸. Una siffatta regolamentazione, in base alla quale l'utilizzatore sarebbe tenuto, in caso ad esempio di consegna di un bene difettoso, a corrispondere comunque i canoni periodici al concedente e ad agire nel frattempo, ma solo per l'adempimento ed il risarcimento dei danni, nei confronti del fornitore⁵⁹⁹, pone dei seri dubbi di tenuta all'interno di una contrattazione in cui *lessee* sia

⁵⁹⁷ In dottrina e in giurisprudenza ci si è interrogati sulla possibilità di rinvenire eventuali profili di invalidità di una siffatta regolamentazione. La posizione prevalentemente assunta in entrambe le sedi è stata, con particolare riferimento alle clausole di esonero del concedente da responsabilità per i vizi del bene, a favore della validità delle stesse, ritenendosi che queste si pongano quale elemento naturale del contratto di *leasing*, direttamente discendente dalla natura finanziaria dell'operazione e dalla qualità di intermediario finanziario del concedente, che richiede che tale soggetto veda il proprio ruolo limitato al momento finanziario della vicenda, rimanendo viceversa del tutto indifferente allo svolgimento della relazione materiale con il bene, in merito cfr., Cass., 17 maggio 1991, n. 5571, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2973; Cass., 11 luglio 1995, n. 7595, in *Vita not.*, 1995, p. 1372; Cass., 2 agosto 1995, n. 8464, in *Riv. trim.*, 1996, I, p. 164; Cass., 30 giugno 1998, n. 6412, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3082. In dottrina, fra gli altri, G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, cit., p. 29, che ammette la validità delle predette clausole se all'utilizzatore sia consentito di tutelare i propri interessi nei confronti del fornitore; R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., p. 288.

⁵⁹⁸ Una siffatta disciplina, volta a scindere all'interno dell'operazione il momento finanziario da quello commerciale ed a ritenere il concedente fondamentalmente estraneo rispetto a tale ultimo momento, può comprendersi maggiormente e ritenersi giustificata nel momento in cui si aderisca alla tesi che rinviene nel *leasing* finanziario una prevalente causa di finanziamento e che proprio dalla ricorrenza di una tale regolamentazione riceve un ulteriore avallo. In dottrina, sulla funzione di finanziamento svolta dal *leasing* finanziario, cfr., *ex multis*, G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, cit., p. 20; ID., *Il leasing e il factoring come strumenti di finanziamento*, cit., p. 10 e ss.; R. CLARIZIA, *Alcune considerazioni sul contratto di locazione finanziaria*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1976, II, p. 465 e ss.; ID., *I contratti per il finanziamento dell'impresa. Mutuo di scopo, leasing, factoring*, cit., p. 314 e ss.; A. MUNARI, *Il leasing*, cit., p. 141 e ss.; M.R. LA TORRE, *Manuale della locazione finanziaria*, cit., p. 89 e ss.; F. VASSALLO PALEOLOGO, *I contratti di locazione finanziaria*, Padova, 1994; N. CORBO, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, cit., p. 187; A. DI AMATO, *Impresa e nuovi contratti*, Napoli, 1998, p. 262.

⁵⁹⁹ La problematica della tutela diretta dell'utilizzatore nei confronti del fornitore per le ipotesi di inadempimento di quest'ultimo, evidentemente connessa e conseguente alla particolare disciplina dei rischi inerenti il bene concesso in godimento connotante i rapporti fra *lessor* e *lessee*, ha per lungo tempo impegnato dottrina e giurisprudenza nella ricerca di una soluzione che garantisse una adeguata tutela delle ragioni di tale ultimo soggetto ma che, al tempo stesso, si conciliasse con le caratteristiche strutturali connotanti l'operazione di *leasing* finanziario. Sul punto va registrato il recente intervento delle Sezioni unite della Corte di Cassazione (Cass., sez. un., 5 ottobre 2015, n. 19785, in *Giur. it.*, 2016, I, p. 33 e ss.), con cui si è riconosciuta la legittimazione dell'utilizzatore ad agire verso il fornitore per l'adempimento e per il risarcimento del danno derivato al primo soggetto dall'inadempimento del secondo, escludendosi invece la diretta esperibilità dell'azione di risoluzione della vendita (e di riduzione del prezzo), azioni riservate al concedente in virtù dell'incidenza sulla posizione di quest'ultimo dalle stesse derivante. Nella stessa pronuncia, tuttavia, il quadro delle tutele così delineato è stato opportunamente integrato attraverso la valorizzazione del principio di buona fede contrattuale, imponendosi al *lessor*, adeguatamente informato dell'inadempimento del fornitore,



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

un privato/consumatore.

Il problema si profila non solo in termini generali per la difficoltà di conciliare la riferita disciplina con il principio di maggior salvaguardia del contraente debole, ma in termini più specifici per l'incompatibilità di una tale regolamentazione con due normative da ritenersi applicabili al *leasing* ai privati proprio in virtù della particolare qualifica in esso assunta dall'utilizzatore. Il riferimento è alla disciplina del credito al consumo di cui agli artt. 121 e ss. del t.u.b. e alla normativa in tema di clausole vessatorie nei contratti tra professionisti e consumatori di cui agli artt. 33 e ss. del codice del consumo.

Sulla applicabilità della disciplina del credito ai consumatori al *leasing* ai privati⁶⁰⁰, nei limiti quantitativi dalla stessa disciplina previsti⁶⁰¹, non possono ad oggi nutrirsi dubbi alla luce dell'espresso riferimento alla locazione finanziaria al consumo contenuto in ben due disposizioni della medesima normativa⁶⁰². Orbene, non può non balzare all'attenzione come proprio una di queste due disposizioni, specificamente richiamanti il *leasing* ai consumatori, preveda per quest'ultima fattispecie, nel caso di inadempimento del fornitore, una ripartizione dei rischi tra concedente ed utilizzatore affatto diversa rispetto al tipico regime dei rischi caratterizzante la tradizionale fattispecie del *leasing* finanziario. Ci si riferisce alla norma di cui al comma 3 dell'art. 125 *quinquies* del t.u.b., la quale statuisce che la richiesta di adempimento rivolta dal *lessee* al fornitore <<determina la sospensione del pagamento dei canoni>> in favore del *lessor*. È chiaro come con una tale previsione il legislatore sia andato a determinare una peculiare caratterizzazione dei contratti di *leasing* al consumo sotto il profilo della disciplina dei rischi, in quanto in questi contratti il rischio di inadempimento del fornitore, in virtù della prevista sospensione del pagamento dei canoni, andrà a gravare sul finanziatore, venendo necessariamente a cadere quelle clausole (c.d. di inversione del rischio), pur ricorrenti nei moduli destinati alla contrattazione con i consumatori, volte ad

di non effettuare il pagamento ed agire per la risoluzione del contratto di fornitura in caso di mancata consegna o mancata accettazione del bene, e di agire, su richiesta del *lessee*, per la risoluzione o per la riduzione del prezzo della vendita in caso di consegna di un bene viziato.

⁶⁰⁰ Applicabilità da tempo generalmente sostenuta alla luce delle norme del t.u.b. contenenti le definizioni e l'individuazione dell'ambito applicativo della disciplina in questione e fondata, nell'attuale formulazione della normativa, sul combinato disposto degli artt. 121, comma 1, lett. c) e 122, comma 1, lett. m), dalla cui lettura emerge già chiaramente l'assoggettabilità alla normativa sul credito ai consumatori del *leasing* al consumo, ricorrendo in quest'ultimo sia l'elemento della concessione di un credito sia la possibilità del trasferimento della proprietà derivante dall'opzione di acquisto apposta alla struttura "locativa".

⁶⁰¹ L'art. 122, 1° comma, lett. a) del t.u.b. esclude dall'ambito applicativo delle disposizioni in tema di credito al consumo i <<finanziamenti di importo inferiore a 200 euro o superiore a 75.000 euro>>, specificando che <<ai fini del computo della soglia minima si prendono in considerazione anche i crediti frazionati concessi attraverso più contratti, se questi sono riconducibili a una medesima operazione economica>>.

⁶⁰² Il riferimento alla <<locazione finanziaria (leasing)>> è stato introdotto nella disciplina del credito al consumo con la novella di cui al d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141 ed è contenuto nel comma 3 dell'art. 125 *quinquies* del t.u.b., nonché nel comma 3 dell'art. 122 dello stesso testo. In tale espresso riferimento si è da parte di alcuni rinvenuto un esplicito riconoscimento legislativo della stessa figura del *leasing* al consumo, cfr., T. RUMI, *Il leasing <<al consumo>>*, cit., p. 858.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

esonerare il concedente dal suddetto rischio e a traslarlo sull'utilizzatore⁶⁰³.

L'altra normativa applicabile al *leasing* ai privati in virtù della qualifica soggettiva delle parti contraenti, al cui cospetto la tradizionale disciplina dei rischi caratterizzante il *leasing* finanziario è destinata ulteriormente a non sopravvivere è rappresentata dalle disposizioni in tema di clausole vessatorie contenute negli artt. 33 e ss. del codice del consumo⁶⁰⁴. Anche tale ultima normativa deve ritenersi incidere sulle tipiche clausole concernenti la disciplina dei rischi legati al bene oggetto dell'operazione ricorrenti nei moduli predisposti per la locazione finanziaria ed, in particolare, su quelle clausole statuenti l'inopponibilità al *lessor* delle varie eccezioni relative a inidoneità, mancanza di qualità e vizi del bene consegnato dal fornitore con connesso addossamento dei relativi rischi sul *lessee* e impossibilità per quest'ultimo di sospendere, nelle paventate ipotesi, il pagamento dei canoni⁶⁰⁵. Queste previsioni, nonostante non manchino diverse opinioni nella dottrina⁶⁰⁶,

⁶⁰³ Secondo T. RUMI, *Il leasing <<al consumo>>*, cit., p. 887, nel caso di *leasing* al consumo le clausole di inversione del rischio contrattuale connotanti il *leasing* finanziario sono da ritenersi nulle in quanto contrastanti con la norma imperativa di cui all'art. 125 *quinquies* t.u.b.

⁶⁰⁴ Sull'applicabilità della normativa in tema di clausole vessatorie al *leasing* c.d. al consumo cfr., fra gli altri, V. BUONOCORE, *La direttiva comunitaria del 5 aprile 1993 sulle <<clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori>> e la disciplina della trasparenza nelle operazioni di intermediazione finanziaria* (leasing, factoring e credito al consumo), in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1994, 4, p. 453 e ss.; L. DI NELLA, *Le Sezioni unite e <<i>> leasing*, cit., p. 333-334; A.M. MARCHIO, *Leasing e disciplina delle clausole vessatorie*, cit., p. 1055 e ss.; M. PALAZZI, *Il contratto di leasing e la nuova disciplina delle clausole vessatorie*, cit., p. 1205 e ss., per il quale l'applicabilità della normativa in questione <<potrà fare giustizia di un abuso del modello atipico, con ciò riconducendo il *leasing* al suo alveo naturale, quello di contratto d'impresa per beni ad essa strumentali. Infatti il <<falso>> *leasing* sarà falcidiato di buona parte di quelle clausole che ne hanno decretato il successo fra i finanziatori (...), clausole che, scollegate da un contesto di finanziamento dell'impresa in senso stretto, già prima della novella palesavano tutta la loro iniquità, eppure – in difetto di strumenti di tutela sostanziale – vincolavano la parte debole del contratto>>; S. MONTICELLI, *Il leasing*, cit., p. 924, secondo cui, nel caso di *leasing* concluso con un utilizzatore non professionista, <<legittimamente si pone il problema della vessatorietà della maggior parte delle clausole dei contratti di *leasing* considerando che nei formulari le condizioni generali ricalcano molto da vicino i modelli di clausole vessatorie contenute nell'art. 1469 *bis* c.c.>>; R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, cit., p. 362; M. ACIERNO e A. FAROLFI, *Il leasing al consumo fra atipicità e controllo dell'autonomia privata*, cit., p. 354 e ss.

⁶⁰⁵ Il dubbio circa la vessatorietà di una siffatta previsione è stato incidentalmente sollevato anche dalla Suprema Corte (cfr., Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3081 e ss.), la quale ha prospettato l'opportunità di vagliare il carattere eventualmente abusivo di simili clausole nell'ipotesi in cui il contratto di *leasing* sia concluso con un consumatore.

⁶⁰⁶ Le opinioni volte a riguardare in chiave dubitativa la questione della vessatorietà delle riferite clausole di traslazione dei rischi sull'utilizzatore-consumatore hanno incentrato le proprie riflessioni sulla necessità di tenere conto, nella relativa valutazione di vessatorietà, in ossequio a quanto previsto dall'art. 34, comma 1 del codice del consumo, tanto della natura finanziaria della prestazione oggetto del contratto, quanto della particolare struttura dell'operazione di *leasing* finanziario, comportante comunque la possibilità di una tutela diretta del *lessee* verso il fornitore. In merito, si vedano le riflessioni di M.R. LA TORRE, *Manuale della locazione finanziaria*, cit., p. 608 e ss., secondo cui bisognerebbe escludere che il consumatore assuma, nell'ambito dell'operazione di *leasing* finanziario, dei rischi privi di tutela, potendo lo stesso agire direttamente verso il fornitore; M. IMBRENDA,



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

si reputa, infatti, possano essere ricondotte alla presunzione di vessatorietà di cui all'art. 33, comma 2, lett. b) cod. cons., volta a sanzionare le pattuizioni che escludano o limitino <<le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista>>⁶⁰⁷, nonché a quella di cui alla lett. t) della medesima norma, nella parte in cui si fa riferimento alle clausole che hanno per oggetto o per effetto di sancire a carico del consumatore <<limitazioni della facoltà di opporre eccezioni>>⁶⁰⁸. La conseguente caducazione, nel caso di contrattazione con un utilizzatore privato, della richiamata regolamentazione dei rischi, propriamente caratterizzante la locazione finanziaria tradizionale, in virtù della nullità di protezione di cui all'art. 36 cod. cons., deve ritenersi la definitiva conferma della incompatibilità della suddetta regolamentazione con la figura del *leasing* al consumo.

Tale constatata incompatibilità pone un successivo ineludibile interrogativo. La differenza strutturale che, alla luce dei rilievi svolti e della conclusione raggiunta, viene a determinarsi fra locazione finanziaria tradizionale e *leasing* ai privati, nel quale, in virtù della caratterizzazione soggettiva del *lessee* e della conseguente applicazione delle normative protezionistiche in materia di credito al consumo ed in tema di clausole vessatorie nei contratti tra professionisti e consumatori, sono necessariamente assenti certe previsioni che invece caratterizzano fortemente la prima figura, è in grado di incidere sul relativo inquadramento del tipo negoziale, connotando diversamente le due figure contrattuali? In altri termini, il *leasing* in cui utilizzatore sia un consumatore può considerarsi rientrare a tutti gli effetti nella più ampia fattispecie della locazione finanziaria quale sottotipo della stessa o, viceversa, alla luce dei descritti tratti distintivi, deve ricondursi ad un contratto diverso, con non trascurabili ripercussioni in punto di individuazione e definizione della disciplina ad esso applicabile?

5. Le c.d. clausole di inversione dei rischi quali elementi connotanti il "tipo" locazione finanziaria. La distinzione tipologica fra *leasing* finanziario e *leasing* al consumo e le sue ripercussioni in punto di disciplina della fattispecie

Leasing e lease back, cit., p. 166 e ss., la quale evidenzia come l'equilibrio dell'assetto regolativo sia strettamente connesso alla struttura, a suo dire trilaterale, del contratto di locazione finanziaria e all'attiva partecipazione ad esso del fornitore che varrebbe a controbilanciare i sacrifici imposti al consumatore.

⁶⁰⁷ In tal senso si veda A.M. MARCHIO, *Leasing e disciplina delle clausole vessatorie*, cit., p. 1062; R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, cit., p. 364-365; M. ACIERNO e A. FAROLFI, *Il leasing al consumo fra atipicità e controllo dell'autonomia privata*, cit., p. 369, che sottolineano come la vessatorietà di una siffatta clausola possa essere colta anche <<in relazione al generale canone di squilibrio stabilito al primo comma dell'art. 1469-bis c.c.>>.

⁶⁰⁸ Cfr. T. RUMI, *Il leasing <<al consumo>>*, cit., p. 888, la quale, pur ritenendo che la sostenuta nullità delle clausole in esame per contrasto con l'art. 125 *quinquies* del t.u.b. renderebbe <<superflua>> la verifica della loro vessatorietà, tiene a precisare che la vessatorietà delle suddette clausole sarebbe preferibilmente riconducibile alla previsione di cui all'art. 33, 2° comma, lett. t) cod. cons.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

In dottrina non tutti concordano sull'idoneità della peculiare regolamentazione dei rischi a concorrere in modo determinante nell'opera di qualificazione tipologica del *leasing* finanziario. Secondo alcune autorevoli voci, infatti, l'accollo sull'utilizzatore di tutti i rischi e gli oneri attinenti al bene oggetto del rapporto, così come la natura strumentale dei beni messi nella disponibilità di tale soggetto non rappresenterebbero "note minimali" del *leasing*, bensì semplici tratti caratterizzanti che potrebbero in concreto anche mancare⁶⁰⁹. In base ad una siffatta ricostruzione il *leasing* al consumo, nonostante le illustrate rilevanti differenze di disciplina rispetto allo schema tradizionale di locazione finanziaria, dovrebbe, comunque, ritenersi rientrare a tutti gli effetti in tale ultimo tipo contrattuale⁶¹⁰, risultando, allora, a fini qualificatori, indifferente la natura, strumentale o di consumo, del bene oggetto dell'operazione e potendo, anche nel caso di un *lessee* privato, trovare diretta ed immediata applicazione la normativa dettata per il *leasing* finanziario.

Ad avviso di chi scrive, tuttavia, diversa è la soluzione a cui deve ritenersi condurre un corretto processo di ricostruzione tipologica del contratto di *leasing* finanziario, un processo di ricostruzione tipologica che, tenendo conto delle modalità con cui si è determinata nell'ordinamento italiano la tipizzazione, prima socio-giurisprudenziale e solo di recente legale, dello schema contrattuale⁶¹¹, dovrà opportunamente fondarsi su un riscontro

⁶⁰⁹ In tal senso A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 1995, p. 418 e ss.

⁶¹⁰ Per tale opinione si vadano, ancora, fra gli altri, T. RUMI, *Il leasing <<al consumo>>*, cit., p. 856 e ss., secondo la quale l'utilizzo del termine "*leasing* al consumo", anziché dell'espressione "locazione finanziaria", è una questione prettamente nominalistica, dovuta alle differenze soggettive ed oggettive che la prima figura presenta rispetto allo schema originario, << differenze che, si badi bene, non incidono sulla sostanza del fenomeno (si tratta, in entrambi i casi, di un contratto con funzione (economica) di finanziamento e con opzione finale di acquisto da parte dell'utilizzatore) e che, quindi, sono inidonee ad ostacolare la riconduzione del *leasing* al consumo al tipo generale (locazione finanziaria) di cui il primo presenta gli elementi, per così dire, indefettibili >>; G. DI ROSA, *Autonomia contrattuale e attività d'impresa*, cit., p. 84, il quale ritiene il *leasing* al consumo << una particolare tipologia di *leasing* >>, qualificata << in termini di operazione al consumo >> e caratterizzata dal fatto che << l'utilizzatore si presenta in veste di consumatore (...) e il bene oggetto del contratto appare destinato a soddisfare esigenze non collegate ad impieghi produttivi del medesimo >>.

⁶¹¹ L'operazione di *leasing* finanziario, rimasta legalmente atipica, anche se nominata, sino alla approvazione della l. n. 124 del 2017, è stata negli anni oggetto di un ampio processo di tipizzazione socio-giurisprudenziale, caratterizzandosi per lungo tempo come una figura negoziale che ha fondato una parte importante della propria disciplina sulla prassi, in particolare sulle condizioni generali di contratto predisposte dalle società concedenti, nonché sui numerosi interventi giurisprudenziali susseguitisi in relazione alle più rilevanti e controverse questioni all'uopo emerse. È a tale processo di tipizzazione socio-giurisprudenziale che sostanzialmente è venuta a conformarsi la recente tipizzazione legislativa della figura, avendo la normativa di cui alla l. n. 124 del 2017 riproposto una definizione del contratto di locazione finanziaria conformata ai principali elementi strutturali già emersi quali connotanti tale contratto e avendo, da altra parte, fatto segnare il suo più significativo apporto nella individuazione di una chiara e coerente disciplina della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, punto su cui maggiormente sentito era il bisogno di un intervento normativo. Sulla



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

combinato di prassi, orientamenti dei giudici ed indicazioni normative. Tre fattori alla luce dei quali risulta, ad oggi, difficile affermare che l'elemento dell'assunzione di ogni rischio attinente alle vicende del bene da parte del *lessee* non sia connotante il "tipo" locazione finanziaria.

Quanto alla prassi, non può non rilevarsi come le c.d. clausole di inversione dei rischi abbiano, in primo luogo, da sempre rappresentato delle costanti nei formulari di *leasing*⁶¹², ricorrendo addirittura anche nei moduli predisposti dalle società concedenti per i casi di locazioni finanziarie concluse con soggetti privati nella veste di utilizzatori, nei quali le medesime clausole devono ritenersi destinate a cadere per effetto delle discipline consumeristiche in precedenza richiamate⁶¹³.

Non può, poi, trascurarsi il significativo ruolo attribuito dalla giurisprudenza di legittimità, nell'ambito degli assetti regolativi del *leasing* finanziario, alle previsioni in discorso nel momento in cui, interrogata sul punto, ne ha affermato, sempre con riguardo ad ipotesi tradizionali di locazione finanziaria, la validità. La Suprema Corte, in più di una occasione, riferendosi a tali previsioni, ha, infatti, avuto modo di descriverle significativamente quali "elementi naturali del negozio"⁶¹⁴, accentuando il loro carattere di effetto connaturato al contratto di *leasing* finanziario e facendo così implicitamente trasparire le notevoli difficoltà di riconduzione a tale tipo contrattuale di uno schema negoziale – quello del *leasing* ai privati – invece necessariamente privo di quell'effetto in forza di legge (ovvero in forza dell'applicazione delle normative dettate per il credito ai consumatori ed in tema di clausole vessatorie nei contratti tra professionisti e consumatori).

Un inconfutabile e decisivo riscontro circa il carattere tipologicamente connotante della tradizionale disciplina dei rischi nella locazione finanziaria è, infine, derivato dal nostro legislatore ed, in particolare, dalla definizione che lo stesso ha dato di tale contratto, da ultimo, con il recente intervento di tipizzazione legale di cui alla l. n. 124 del 2017, nel cui

tipizzazione socio-giurisprudenziale della locazione finanziaria si vedano, fra gli altri, R. CLARIZIA, *Contratti di finanziamento e poteri del giudice*, in *Riv. it. leasing*, 1991, p. 278 e ss.; N. LIPARI, *Dieci anni di giurisprudenza della Cassazione sul leasing*, in *Riv. it. leasing*, 1993, p. 545 e ss.; M. BUSSANI, *Proprietà, garanzia e contratto. Formule e regole nel leasing finanziario*, cit., p. 33; V. BUONOCORE, *La locazione finanziaria*, cit., p. 14; G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, cit., p. 11; A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici. Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, cit., p. 363.

⁶¹² Di <<contributo decisivo alla ricostruzione tipologica del *leasing* finanziario offerto dalla prassi contrattuale e precisamente dalle clausole ricorrenti>> nei relativi formulari parla N. VISALLI, *La problematica del leasing finanziario come tipo contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 681, il quale sottolinea come tali clausole riguardino, soprattutto, le obbligazioni delle parti e la ripartizione dei rischi. Secondo M. ACIERNO e A. FAROLFI, *Il leasing al consumo fra atipicità e controllo dell'autonomia privata*, cit., p. 352-353, fra gli <<aspetti socialmente tipizzati>> dell'operazione di locazione finanziaria deve essere incluso anche quello del <<passaggio di ogni rischio inerente alla cosa in capo al soggetto che ne fa uso>>.

⁶¹³ Su tale caducazione, cfr., quanto sostenuto, *supra*, nel par. 4 del presente lavoro.

⁶¹⁴ Cfr., Cass., 17 maggio 1991, n. 5571, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 2973; Cass., 30 maggio 1995, n. 6076, in *Guida al diritto*, 1995, 29, p. 62; Cass., 16 maggio 1997, n. 4367, in *Contratti*, 1997, p. 520.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

comma 136 dell'art. 1, tra gli elementi caratterizzanti la fattispecie, viene esplicitamente indicato anche quello dell'assunzione da parte dell'utilizzatore di tutti i rischi inerenti al bene⁶¹⁵.

Da queste considerazioni si deve, ad avviso di chi scrive, ricavare la convinzione che la peculiare regolamentazione volta ad addossare sul *lessee* i vari rischi connessi alle vicende del bene sia nel *leasing* finanziario un tratto caratterizzante il tipo e che, in virtù della rilevata non compatibilità di tale regolamentazione con l'ipotesi di un privato/consumatore nella veste di utilizzatore, il *leasing* al consumo debba necessariamente reputarsi una fattispecie negoziale diversa e distinta dalla locazione finanziaria tradizionale, locazione finanziaria tradizionale che dovrà conseguentemente considerarsi quale contratto soggettivamente qualificato dalla natura imprenditoriale/professionale del *lessee*. Il *leasing* ai privati, dal canto suo, dovrà, sì, ritenersi, per le spiegate ragioni di ordine strutturale, una fattispecie negoziale distinta dal *leasing* finanziario⁶¹⁶, ma, come in precedenza sostenuto ed argomentato, se ne dovrà comunque rimarcare la riconducibilità, da un punto di vista funzionale, ad una causa di finanziamento e la non accostabilità a schemi contrattuali orientati ad una diversa funzione traslativa⁶¹⁷.

⁶¹⁵ Nella disposizione di cui al comma 136 dell'art. 1 della legge 4 agosto 2017, n. 124 si legge che per locazione finanziaria <<si intende il contratto con il quale la banca o l'intermediario finanziario (...) si obbliga ad acquistare o a far costruire un bene su scelta o secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che ne assume tutti i rischi, anche di perimento>>. Analogo indice normativo avrebbe potuto, anche in precedenza, riscontrarsi nella definizione della locazione finanziaria contenuta nel comma 2 dell'art. 17 della l. n. 183 del 1976.

⁶¹⁶ In tal senso R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, cit., p. 365, secondo cui il *leasing* al consumo non può essere qualificato come locazione finanziaria, <<in quanto la disciplina applicabile ai sensi della normativa sulle clausole vessatorie ci consegna una fattispecie contrattuale assolutamente diversa e distinta dalla locazione finanziaria vera e propria>>. Cfr., anche M. ACIERNO e A. FAROLFI, *Il leasing al consumo fra atipicità e controllo dell'autonomia privata*, cit., p. 356, che, alla luce dell'applicazione al *leasing* al consumo dell'illustrata normativa protezionistica ritenuta in grado di <<trasfigurare>> alcuni <<connotati salienti dell'operazione di *leasing*>>, ritengono di dover <<dubitare seriamente della possibilità di continuare a parlare in senso proprio di *leasing* nei confronti di consumatori>>.

⁶¹⁷ Sull'autonomia del *leasing* al consumo rispetto alla figura della vendita con riserva di proprietà e sul rilievo di indiscutibili elementi in grado di fondare il riscontro in esso di una causa di finanziamento, si veda quanto affermato, *supra*, nel par. 3 del presente scritto. Per l'affermazione di una causa di finanziamento nel *leasing* al consumo si vedano, fra gli altri, A. MUNARI, *La Cassazione ed il Signor Zelig*, cit., p. 713 e ss. e ID., *Il leasing finanziario nella teoria dei crediti di scopo*, cit., p. 277, secondo cui le operazioni di locazione finanziaria aventi ad oggetto beni di consumo non necessariamente dovranno essere considerate delle vendite con patto di riservato dominio o delle locazioni-vendite, permanendo la funzione negoziale del contratto quella di finanziamento e dovendo, pertanto, il *leasing* al consumo essere disciplinato diversamente rispetto al *leasing* finanziario ma non sulla base delle norme in materia di vendita con riservato dominio, bensì della normativa in materia di credito al consumo; R. CLARIZIA, *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, cit., p. 365, il quale sostiene che <<il *leasing* al consumo possa essere definito un'operazione con causa di finanziamento e come tale possa formare oggetto dell'attività dell'intermediario finanziario>>; M. IMBRENDA, *Leasing e lease back*, cit., p. 169 e ss., secondo la



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Le conclusioni a cui si è ritenuto di dover giungere in punto di qualificazione della fattispecie presa in esame vanno chiaramente a spiegare importanti effetti sulla individuazione della disciplina applicabile al *leasing* al consumo. La figura, espressamente nominata dal legislatore⁶¹⁸, troverà la propria diretta regolamentazione nella normativa sul credito ai consumatori di cui agli artt. 121 e ss. del t.u.b., nonché nella normativa sui contratti del consumatore, risultando già in tal modo così ampiamente disciplinata da spingere alcuni in dottrina a parlare di una sua compiuta tipizzazione legislativa quando ancora il *leasing* finanziario era inquadrato come tipo sociale⁶¹⁹. Alla luce della sostenuta distinzione tipologica con quest'ultima fattispecie, al *leasing* ai privati non potrà, invece, ritenersi immediatamente applicabile la disciplina dettata per il contratto di locazione finanziaria, tanto quella settoriale quanto quella generale di cui ai commi 136 e ss. dell'art. 1 della l. n. 124 del 2017, salva la possibilità di ipotizzarne una eventuale applicazione in via analogica per quei casi e quelle situazioni che non rinvengono una espressa regolamentazione nella richiamata normativa consumeristica⁶²⁰, possibilità di applicazione analogica che naturalmente sarà sempre subordinata e condizionata ad una rigorosa verifica circa la ricorrenza del presupposto della *eadem ratio*⁶²¹.

quale il *leasing* <<si conferma, in definitiva, strumento di finanziamento tanto per gli operatori economici quanto per i soggetti che agiscono per scopi estranei alla propria attività>>.

⁶¹⁸ La locazione finanziaria ai consumatori, come visto, è espressamente menzionata nella disciplina sul credito al consumo e, precisamente, nel comma 3 dell'art. 122 del t.u.b. e nel comma 3 dell'art. 125 *quinquies* dello stesso testo normativo.

⁶¹⁹ Così T. RUMI, *Il leasing <<al consumo>>*, cit., p. 883 e ss., la quale, pur ritenendo il *leasing* al consumo un sottotipo di *leasing* finanziario, sottolinea come, a differenza del secondo, per il primo sia stata dettata una normativa specifica direttamente applicabile, quella di cui agli artt. 121 e ss. del t.u.b., a cui aggiungere la normativa sui contratti dei consumatori e, a suo dire, la disciplina sulla vendita con riserva di proprietà. Secondo M. ACIERNO e A. FAROLFI, *Il leasing al consumo fra atipicità e controllo dell'autonomia privata*, cit., p. 356, l'autonomia delle parti <<nel *leasing* al consumo si trova a fare i conti con una minuziosa e stringente eteroregolamentazione, largamente indisponibile>>.

⁶²⁰ Da escludersi, invece, la possibilità di ricorrere ad una applicazione in via analogica delle norme dettate per la vendita con riserva di proprietà, proprio alla luce dei diversi evidenziati profili funzionali caratterizzanti i due schemi negoziali.

⁶²¹ Una situazione rilevante non disciplinata dalle norme del t.u.b. sul credito ai consumatori è, ad esempio, l'ipotesi di inadempimento del consumatore rispetto agli obblighi derivanti dal finanziamento. Si potrebbe, ad avviso di chi scrive, in tal caso prospettare l'applicazione in via analogica al *leasing* al consumo della disciplina della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore di cui al comma 138 dell'art. 1 della l. n. 124 del 2017, in virtù della rilevata comunanza degli aspetti funzionali della fattispecie con quelli caratterizzanti la locazione finanziaria. Una siffatta applicazione analogica consentirebbe, infatti, di ricostruire per il *leasing* ai privati una regolamentazione delle conseguenze della risoluzione per inadempimento del *lessee* sostanzialmente rispettosa della connotazione causale della figura quale contratto di finanziamento. Non altrettanto lineare potrebbe, invece, risultare la possibilità di applicare per analogia al *leasing* al consumo la disposizione di cui al precedente comma 137 dell'art. 1 della l. n. 124 del 2017, volta a definire i limiti del grave inadempimento dell'utilizzatore legittimante la richiesta di risoluzione da parte del concedente nel *leasing* finanziario (limite fissato per i *leasing* immobiliari nel mancato pagamento di sei canoni mensili e per gli altri *leasing* di quattro mensilità). Con riferimento a tale aspetto, infatti, potrebbe



Un'ultima breve osservazione si ritiene opportuna a chiosa delle delineate conclusioni: la figura del *leasing* al consumo è la dimostrazione dei considerevoli effetti che possono derivare dall'applicazione ad una fattispecie contrattuale dello "statuto del consumatore", effetti che, in tale vicenda, si sono sostanziati nella fuoriuscita della fattispecie indagata dal particolare schema negoziale dal quale la stessa aveva nella prassi tratto origine e nella determinazione di un suo diverso inquadramento tipologico, con conseguente individuazione di una differente disciplina di riferimento da ritenersi ad essa immediatamente applicabile.

6. La locazione finanziaria di immobile da adibire ad abitazione principale. Problemi di incoerenza e asistematicità dell'intervento normativo e di irragionevolezza del sistema

Nel percorso così delineato in tema di *leasing* ai privati non può non venire ad inserirsi una necessaria riflessione sulla figura del c.d. *leasing* abitativo, introdotta e disciplinata nell'ordinamento italiano con la l. n. 208 del 2015⁶²². La <<locazione finanziaria di immobile da adibire ad abitazione principale>> presenta, infatti, una chiara inerenza al tema oggetto del presente scritto e, al tempo stesso, delle forti problematiche nel rapportarsi alle argomentazioni in tale sede svolte⁶²³. Ci troviamo con tale figura sicuramente di fronte ad

ritenersi preferibile l'applicazione analogica della diversa norma, dettata in materia di risoluzione per inadempimento per il credito immobiliare ai consumatori, desumibile dal comma 1 dell'art. 120 *quinquiesdecies* del t.u.b., dalla cui particolare formulazione si ricava che il finanziatore possa domandare la risoluzione nel caso di inadempimenti per almeno sette mensilità. Tale ultima disciplina, potenzialmente applicabile in via analogica a tutte le forme contrattuali in cui il credito ai consumatori può realizzarsi, per il suo espresso riferimento ad un soggetto finanziato in posizione di consumatore potrebbe reputarsi maggiormente rispondente al requisito della *eadem ratio*, presupposto dal procedimento analogico, rispetto alla disposizione di cui al comma 137 dell'art. 1 della l. n. 124 del 2017, volta a regolamentare le conseguenze dell'inadempimento di un utilizzatore munito di veste imprenditoriale/professionale.

⁶²² La disciplina, civilistica e fiscale, del c.d. *leasing* abitativo è contenuta nei commi da 76 a 84 dell'art. 1 della c.d. Legge di stabilità del 2016 (l. 28 dicembre 2015, n. 208). È bene sottolineare come già prima dell'introduzione di tale normativa l'ipotesi di un *leasing* al consumo avente ad oggetto beni immobili ad uso residenziale sia stata considerata da una parte della dottrina, che, con l'auspicio di una regolamentazione legislativa di tale contratto, si è riferita alla fattispecie facendone emergere una chiara connotazione traslativa, evidentemente evocante la nota (e criticata) bipartizione fra *leasing* di godimento e *leasing* traslativo, cfr., fra gli altri, A. MONTELEONE, M. TOSI e A. FOGLI, *Il leasing abitativo*, in AA.VV., *Il leasing immobiliare*, Milano, 2012, p. 235 e ss.; T. RUMI, *Il leasing <<al consumo>>*, cit., p. 876 e ss.

⁶²³ Sulla figura recentemente tipizzata si vedano, fra gli altri, S. BONFATTI, *Dal leasing abitativo giovanile la riforma della disciplina della locazione finanziaria*, in *Riv. dir. banc.*, www.dirittobancario.it, 2016, 2, p. 1 e ss.; A. MUSTO, L. PICCOLO e F. TRESCA, *Il leasing immobiliare abitativo: prime osservazioni*, Studio del Consiglio Nazionale del Notariato n. 38-2016/C approvato dall'Area Scientifica – Studi Pubblicistici del CNN il 22 gennaio 2016, in www.notariato.it; R. MARSEGLIA, *Il leasing immobiliare per l'acquisto dell'abitazione principale*, in F. Piraino e S. Cherti (a cura di), *I contratti bancari*, Torino, 2016, p. 223 e ss.; G. RIZZI, *Il leasing immobiliare abitativo*, in www.federnotizie.it; A. MUSIO, *Il mercato immobiliare tra vecchi e nuovi schemi*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

una ipotesi di *leasing* ai privati, dato il particolare bene oggetto del contratto, ma dobbiamo allo stesso tempo constatare come, al cospetto di un *lessee* così qualificato, il legislatore abbia fornito una definizione della fattispecie e, soprattutto, ne abbia dettato una disciplina fedelmente modellata sullo schema tradizionale di locazione finanziaria, prevedendo, in particolare, una regolamentazione dei rischi concernenti il bene (l'immobile adibito ad abitazione principale) volta ad esonerare totalmente il concedente da ogni responsabilità e ad addossare i medesimi rischi totalmente in capo all'utilizzatore⁶²⁴.

Le forti criticità presentate da un siffatto intervento normativo sono disvelate e comprovate dalla grande attenzione che gli studiosi hanno, ancora una volta, rivolto al profilo della qualificazione giuridica della figura, andandosi sul punto a profilare opinioni oscillanti fra affermazioni di riconducibilità della stessa al "tipo" *leasing* finanziario⁶²⁵, asserzioni volte a rimarcare il carattere traslativo della fattispecie, che rappresenterebbe un ulteriore strumento per l'acquisto di un'abitazione⁶²⁶, e tesi volte a rinvenire una attrazione

contrattuali, in R. Clarizia, V. Cuffaro e A. Musio (a cura di), *I nuovi contratti immobiliari: rent to buy e leasing abitativo*, Padova, 2017, p. 21 e ss.; R. CLARIZIA, *La locazione finanziaria di immobile da adibire ad abitazione principale nella legge di stabilità 2016: problemi di qualificazione e di coerenza sistematica*, in R. Clarizia, V. Cuffaro e A. Musio (a cura di), *I nuovi contratti immobiliari: rent to buy e leasing abitativo*, cit., p. 81 e ss.; P. DE MARTINIS, *Procedimento e leasing abitativo: verso il tramonto del leasing "traslativo"?*, in R. Clarizia, V. Cuffaro e A. Musio (a cura di), *I nuovi contratti immobiliari: rent to buy e leasing abitativo*, cit., p. 97 e ss.

⁶²⁴ Nel comma 76 dell'art. 1 della l. n. 208 del 2015 il *leasing* abitativo viene definito e descritto come quel contratto con cui «la banca o l'intermediario finanziario (...) si obbliga ad acquistare o a far costruire l'immobile su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo mette a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo che tenga conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto», con facoltà per l'utilizzatore alla scadenza del contratto di acquistare la proprietà del bene ad un prezzo prestabilito. Non può non evidenziarsi come una siffatta definizione e disciplina dei rischi sia analoga a quella successivamente prevista con la generale regolamentazione legislativa della figura della locazione finanziaria di cui al comma 136 dell'art. 1 della l. n. 124 del 2017.

⁶²⁵ Affermazioni fondate sulla constatazione della previsione di una disciplina sostanziale in tutto rapportabile a quella caratterizzante il *leasing* finanziario. Si veda P. DE MARTINIS, *Procedimento e leasing abitativo: verso il tramonto del leasing "traslativo"?*, cit., p. 97-98, il quale sottolinea che la disciplina sostanziale «introdotta con la legge di stabilità non determina uno stravolgimento dell'operazione *leasing*, e quindi l'introduzione di un nuovo tipo negoziale (...), ma impone sicuramente la necessità di un coordinamento con la normativa a tutela del consumatore». Cfr., inoltre, anche se in modo meno netto, A. MUSTO, L. PICCOLO e F. TRESCA, *Il leasing immobiliare abitativo: prime osservazioni*, cit., p. 6, in cui, pur evidenziandosi la difficoltà ermeneutica nel qualificare, a prima lettura, lo schema negoziale del *leasing* abitativo e riscontrandosi come lo stesso non risulti di immediata collocazione in una delle due categorie di *leasing* finanziario elaborate dalla giurisprudenza, si sottolinea come esso, al contempo, non si presenti «neppure compiutamente disciplinato e con peculiarità e specificità distintive tali da renderne agevole una sicura qualificazione in termini di nuovo tipo negoziale con proprie regole ordinanti».

⁶²⁶ A. MUSIO, *Il mercato immobiliare tra vecchi e nuovi schemi contrattuali*, cit., p. 21 e ss., il quale rileva come il *leasing* abitativo sia stato regolato dal legislatore «con lo scopo di agevolare l'acquisto dell'abitazione tramite uno strumento alternativo di finanziamento rispetto al tradizionale mutuo ipotecario», strumento comportante indiscutibili vantaggi per «l'utilizzatore/aspirante acquirente», quali il non dover disporre di almeno una parte del capitale necessario all'acquisto, il



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

della figura verso il polo della causa di godimento della locazione⁶²⁷.

Ad avviso di chi scrive, tuttavia, riscontrato l'innegabile intento del legislatore di riportare a pieno il *leasing* abitativo entro lo schema della tradizionale locazione finanziaria, ciò soprattutto alla luce della prevista analoga disciplina dei rischi nonostante la veste privata del *lessee* nella prima figura, occorre evidenziare come il vero punto critico di tale intervento normativo si sostanzia non tanto in questioni propriamente qualificatorie⁶²⁸, quanto nei seri problemi di coerenza e sistematicità che un siffatto intervento disvela. La normativa sul *leasing* abitativo, infatti, ponendo espressamente in capo all'utilizzatore privato ogni rischio inerente all'immobile e determinando in tal modo una esclusione di vessatorietà *ex art.* 34 cod. cons. delle corrispondenti clausole negoziali, non solo si rivela quantomeno dissonante rispetto al sistema generale di tutela del consumatore e al principio di maggior salvaguardia del contraente debole che ne è alla base, ma soprattutto è in grado di dare luogo ad una considerevole differenza di disciplina fra la specifica figura regolata e le altre ipotesi di *leasing* ai privati, differenza di disciplina alla base della quale risulta difficile rinvenire un criterio di ragionevolezza. Se nella locazione finanziaria avente ad oggetto un immobile da adibire ad abitazione principale, per espressa previsione normativa, tutti i rischi attinenti al bene ricadono nella sfera del *lessee* privato, negli altri casi di *leasing* al consumo, come visto, gran parte delle pattuizioni volte ad addossare tali rischi sull'utilizzatore deve, invece, ritenersi venire a cadere proprio in virtù dell'applicazione della disciplina sulle clausole vessatorie di cui al codice del consumo e, quanto al rischio di inadempimento del fornitore e nei limiti di applicabilità della disciplina del credito ai consumatori, in virtù della

poter modellare in modo più elastico sia l'importo della rata che la sua periodicità, il non dover concedere garanzie ipotecarie in favore del concedente già garantito dal fatto di rimanere proprietario dell'immobile. Ancor prima della regolamentazione legislativa della figura si sono riferiti al *leasing* abitativo rimarcandone il carattere traslativo T. RUMI, *Il leasing <<al consumo>>*, cit., p. 879 e ss.; A. MONTELEONE, M. TOSI e A. FOGLI, *Il leasing abitativo*, cit., p. 235 e ss., da cui la figura è rapportata ad <<un'operazione di sostanziale finanziamento ad un soggetto che intende acquistare un immobile destinato o da destinare ad uso abitativo>>.

⁶²⁷ In tal senso R. CLARIZIA, *La locazione finanziaria di immobile da adibire ad abitazione principale nella legge di stabilità 2016: problemi di qualificazione e di coerenza sistematica*, cit., p. 81 e ss., che, in virtù della particolare destinazione dell'immobile e delle peculiari esigenze abitative connesse al suo godimento, ritiene che non si possa riconoscere identità causale tra le due fattispecie contrattuali del *leasing* finanziario e del *leasing* abitativo, rinvenendo in quest'ultimo non una causa di finanziamento, bensì una causa propriamente locativa.

⁶²⁸ In merito al profilo qualificatorio occorre, infatti, ad avviso di chi scrive, rilevare come sia difficilmente contestabile che l'assetto degli interessi, così come dal legislatore delineato nella normativa di cui ai commi 76 e ss. della l. n. 208 del 2015, tenda a riproporre quello tipico della locazione finanziaria, trasparendo ciò tanto dalla definizione data del *leasing* abitativo, contenente il richiamo di tutti gli elementi connotanti il *leasing* finanziario tradizionale, incluso quello dell'assunzione di ogni rischio inerente al bene, quanto dalla disciplina della risoluzione per inadempimento dell'utilizzatore, prevista nel comma 78 dell'art. 1 della l. n. 208 del 2015, che si mostra maggiormente rispondente alle esigenze dalle parti dedotte in un contratto caratterizzato da una causa di finanziamento.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

disposizione di cui al comma 3 dell'art. 125 *quinquies* del t.u.b.⁶²⁹. Questa differenza di disciplina, ma soprattutto il diverso trattamento del privato/consumatore derivatone, chiaramente più sfavorevole nel caso del *lessee* di un *leasing* abitativo, in quanto esclusivamente fondati sulla circostanza che il bene oggetto del contratto sia un immobile da adibire ad abitazione principale o un diverso bene di consumo, pur sempre non strumentale all'esercizio di una attività imprenditoriale/professionale, non possono non indurre a nutrire seri dubbi sulla possibilità di rinvenire nella descritta distinzione una giustificabilità, ovvero una rispondenza ed una compatibilità con quel criterio di ragionevolezza che sempre, pena l'incostituzionalità degli interventi normativi, è chiamato ad orientare le scelte del legislatore. La considerazione del particolare tipo di bene non strumentale, oggetto del contratto di *leasing* abitativo, non solo si ritiene non possa spiegare in termini giustificativi il diverso e peggiore trattamento riservato all'utilizzatore in questa fattispecie rispetto alle altre ipotesi di *leasing* ai privati, ma, all'opposto, si reputa avrebbe dovuto condurre, in ragione delle fondamentali esigenze ad esso connesse, ad una attenzione ancora maggiore verso la posizione del *lessee* privato ed i suoi bisogni di tutela⁶³⁰. Ecco allora che il percorso logico giuridico svolto nel presente scritto con riguardo ai profili qualificatori e di disciplina del *leasing* al consumo viene a trovare non una smentita, bensì un ulteriore riscontro proprio dalla vicenda del *leasing* abitativo: in tale vicenda quello che, per volontà (o, meglio, forzatura) legislativa, si sarebbe voluto configurare come un particolare sottotipo di locazione finanziaria e riportare entro tale ultimo schema tradizionale è venuto a manifestare e a tradurre la propria sostanziale inconciliabilità – per ragioni di qualificazione soggettiva della fattispecie – con un siffatto inquadramento in termini di incoerenza ed asistematicità di un intervento normativo in grado, a parere di chi scrive, di dare luogo a possibili profili di irragionevolezza del sistema.

⁶²⁹ Si è in dottrina segnalata la esclusione di applicabilità alla figura del *leasing* abitativo della disciplina sul credito ai consumatori, in virtù del limite quantitativo di cui alla lett. a) del comma 1 dell'art. 122 del t.u.b., limite che renderebbe difficilmente riferibile tale disciplina al caso di un immobile residenziale. In tal senso R. CLARIZIA, *La locazione finanziaria di immobile da adibire ad abitazione principale nella legge di stabilità 2016: problemi di qualificazione e di coerenza sistematica*, cit., p. 81 e ss.

⁶³⁰ L'attenzione per la veste privata dell'utilizzatore nella fattispecie del *leasing* abitativo, come visto non incidente sul rilevante profilo della regolamentazione dei rischi, si è limitata alla previsione di disposizioni di favore per il caso di cessazione del rapporto di lavoro subordinato o di rapporti di collaborazione continuativa e coordinata, caso in cui si è disposta la possibilità di sospensione del pagamento dei canoni periodici (cfr. i commi 79 e 80 dell'art. 1 della l. n. 208 del 2015), e di precisi benefici fiscali, comunque riservati a determinati soggetti (individuati in base a requisiti anagrafici e reddituali) e muniti di una validità temporalmente limitata (cfr. i commi 82 e ss. dell'art. 1 della l. n. 208 del 2015).



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

La gestione autostradale tra sostenibilità, sicurezza e tutela dell'ambiente

di Valerio Di Stefano *, Giacomo Cerqua ** e Edoardo Breda ***

30 aprile 2022

Sommario: 1. Premessa – 2. Reti transeuropee TEN-T - 3. Il Green New Deal – 4. Legge Europea sul clima - 5. Meccanismo per collegare l'Europa (MCE) - 6. Sostenibilità, traffico e sicurezza – 7. Trasporto su strada: armonizzazione fiscale e tecnica - 8. Diritti dei lavoratori nel settore dei trasporti – 9. Il piano finanziario green – 10. Green New Deal e nuovi obiettivi – 11. Piano nazionale ripresa e resilienza (PNRR) - 12. Il Piano nazionale sicurezza stradale 2030 – 13. Conclusioni.

Abstract: A differenza di altri settori economici, i trasporti sono responsabili di gran parte delle emissioni di gas a effetto serra, contribuendo significativamente ai cambiamenti climatici. Per migliorare l'efficienza, gli interventi sulla rete richiedono un'intensa cooperazione internazionale. L'unione Europea e le principali Organizzazioni nazionali e internazionali si sono attivate e continuano a lavorare per adeguare questo settore alle esigenze dei cittadini e della società. Il presente saggio riflette sull'importanza del settore dei trasporti, in particolare di quello autostradale, il quale, pur soddisfacendo i propri bisogni della popolazione ha l'onere di non compromettere la qualità della vita delle future generazioni.

Unlike other economic sectors, transport is responsible for a large proportion of greenhouse gas emissions, contributing significantly to climate change. To improve efficiency, network interventions require intensive international cooperation. Union Europe and major national and international Organizations have been and continue to work to adapt this sector to the needs of citizens and society. This essay reflects on the importance of the transportation sector, particularly the highway sector, which, while meeting its own needs of the population has the burden of not compromising the quality of life of future generations.

1. Premessa

I trasporti, per l'economia e la società, sono vitali. Questi, svolgono un ruolo fondamentale per la qualità di vita dei cittadini e per il mercato interno ed internazionale. La rete infrastrutturale legata ai trasporti è funzionale alla crescita economica e all'occupazione, ed è fondamentale la loro sostenibilità in vista delle sfide future. Considerata l'importanza e

* Professore di Diritto Amministrativo Europeo.

** Università degli Studi della Tuscia - Dipartimento di Economia e Impresa.

*** Ricercatore indipendente.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

la dimensione che ricopre questa infrastruttura, gli interventi sulla rete, per risultare efficaci ed efficienti, richiedono un'intensa cooperazione internazionale. L'Unione Europea si è attivata da tempo per soddisfare le necessità dei cittadini. L'ultimo intervento è stato l'adozione, da parte della Commissione Europea il 28 marzo 2011, di un nuovo libro bianco dei trasporti⁶³¹.

L'obiettivo fissato è stato quello di trasformare e aggiornare l'attuale sistema dei trasporti entro il 2050 al fine di implementarlo e renderlo più efficace e competitivo, sia dal punto di vista qualitativo che dal punto di vista della gestione e dell'utilizzo delle risorse: a tal fine sono stati individuati dieci obiettivi.⁶³²

Questi obiettivi sono tutti diretti alla riduzione dei gas serra dovuti all'utilizzo di autoveicoli privati e, più in generale ad una modalità di trasporto merci che nel continente è ancora prevalentemente su gomma. Inoltre, grazie all'implementazione e al completamento dei corridoi multimodali TEN-T e allo sviluppo della rete ferroviaria ad alta velocità, garantirebbe una migliore gestione del traffico merci ed una riduzione dell'inquinamento.

2. Reti transeuropee TEN-T

Il trattato di Maastricht⁶³³ attribuisce all'Unione Europea il compito di costituire e sviluppare le reti transeuropee in diversi settori: trasporti, telecomunicazioni e dell'energia al fine di contribuire allo sviluppo del mercato interno, rafforzare la coesione economica e sociale, collegare le regioni insulari e rendere il territorio europeo più accessibile ai paesi ad essa vicini.

Nel Libro bianco sulla crescita, la competitività e l'occupazione del 1993⁶³⁴, la Commissione ha evidenziato il ruolo determinante delle reti transeuropee per il mercato

⁶³¹ A. TONETTI, L. SALTARI, *Il regime giuridico delle autostrade. In Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*, Milano, Giuffrè editore, 2017.

⁶³² Bruxelles, 28.3.2011 LIBRO BIANCO Tabella di marcia verso uno spazio unico europeo dei trasporti - Per una politica dei trasporti competitiva e sostenibile.

⁶³³ Il trattato sull'Unione europea è stato firmato a Maastricht alla presenza del Presidente del Parlamento europeo, on. Egon Klepsch. A norma del trattato, l'Unione è fondata sulle Comunità europee (primo pilastro), integrate da due altri ambiti di cooperazione (secondo e terzo pilastro): la politica estera e di sicurezza comune (PESC) e la giustizia e affari interni (GAI).

⁶³⁴ Presentato dalla Commissione in occasione del Consiglio europeo di Bruxelles del dicembre 1993, è il documento che delinea le strategie dell'azione comunitaria tesa al rilancio dell'economia europea e alla riduzione della forza lavoro disoccupata.

L'obiettivo dichiarato dal Libro Bianco era quello di creare 15 milioni di nuovi posti di lavoro entro la fine del secolo, adottando misure non rivoluzionarie, ma di indubbia efficacia nel lungo termine. Le misure proposte erano: sviluppo di una grande rete infrastrutturale europea; incentivazione dello sviluppo delle piccole e medie imprese; maggiore interconnessione tra gli Stati attraverso lo sviluppo di reti telematiche e telefoniche; riduzione del costo di lavoro, attraverso l'introduzione di sgravi fiscali, al fine di rendere più competitive le imprese comunitarie all'estero; maggiore flessibilità dell'orario di lavoro, al fine di adattarsi alle mutate esigenze dei consumatori e rispondere in modo più efficace alle nuove richieste che da questi provengono.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

interno, e in particolare per la creazione di posti di lavoro, sia attraverso la costruzione delle infrastrutture e nel favorire lo sviluppo economico.

La decisione n. 1692/96/CE del 23 luglio 1996 sugli orientamenti comunitari per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti ha fissato i parametri generali per la rete nel suo complesso. La decisione stabiliva le caratteristiche della rete specifica per ciascun modo di trasporto e andava a identificare progetti d'interesse comune ammissibili, ponendo l'accento sui modi di trasporto più rispettosi dell'ambiente.

La TEN-T⁶³⁵ copre l'intero territorio dell'UE e può estendersi ai paesi dell'Associazione europea di libero scambio⁶³⁶, così come ai paesi partner dell'Europa sudorientale e ai paesi mediterranei.^{637,638}

L'aumento dei paesi membri a partire dal 2004, congiuntamente a gravi ritardi e problemi di finanziamento, soprattutto per quanto riguarda i tronconi transfrontalieri, determinarono una completa revisione degli orientamenti TEN-T.

Nel 2005 sono stati nominati dei «coordinatori europei» per alcuni progetti di particolare rilevanza, che fungono da mediatori per facilitare i contatti con le autorità decisionali nazionali, gli operatori e gli utenti dei mezzi di trasporto e i rappresentanti della società civile. Nell'ottobre 2006 è stata istituita un'Agenzia esecutiva per la rete transeuropea dei trasporti con il compito di preparare e seguire sul piano tecnico e finanziario le decisioni riguardanti i progetti gestiti dalla Commissione.⁶³⁹

La nuova politica dell'UE in materia di infrastrutture dei trasporti mira a trasformare l'attuale mosaico di ferrovie, strade, vie navigabili interne, aeroporti, porti marittimi e interni

⁶³⁵ Le reti TEN-T sono un insieme di infrastrutture lineari (ferroviarie, stradali e fluviali) e puntuali (nodi urbani, porti, interporti e aeroporti) considerate rilevanti a livello comunitario e la Core Network è costituita dai nodi urbani a maggiore densità abitativa, dai nodi intermodali di maggiore rilevanza e dalle relative connessioni.

⁶³⁶ L'AELS è un'organizzazione interstatale il cui obiettivo è promuovere il libero scambio e l'integrazione economica tra i quattro Stati membri (Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera). L'attività dell'Associazione si fonda sulla Convenzione AELS e su una rete mondiale di accordi di libero scambio e partenariato. L'Associazione europea di libero scambio (AELS) è un'area di libero scambio senza ulteriori fini politici tra gli Stati membri. A differenza dell'UE, non costituisce un'unione doganale, il che significa che ogni Paese membro è libero di stabilire le proprie tariffe doganali e la politica commerciale da applicare con Paesi terzi. L'AELS fu costituita nel 1960 dalla Convenzione di Stoccolma allo scopo di eliminare i dazi doganali sui prodotti industriali e favorire in questo modo gli scambi commerciali tra gli Stati membri. Con un accordo di emendamento firmato nel 2001, nella Convenzione AELS sono state tra l'altro integrate nuove disposizioni sullo scambio di servizi, il movimento di capitali e la protezione della proprietà intellettuale.

⁶³⁷ Inizialmente la decisione integrava i 14 progetti d'interesse comune adottati dal Consiglio europeo di Essen. Successivamente, la decisione n. 1346/2001/CE, del 22 maggio 2001, che modifica gli orientamenti TEN-T relativamente ai porti marittimi, ai porti di navigazione interna e ai terminali intermodali ha completato un «piano di sviluppo dei trasporti» su scala comunitaria per tutti i modi di trasporto.

⁶³⁸ V. DI STEFANO, E. BREDI, *La regolazione del settore ferroviario: le novità alla luce del Green New Deal e del quarto pacchetto ferroviario*, Diritto e politica dei trasporti, 2021.

⁶³⁹ Reti transeuropee – orientamenti, Parlamento europeo, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/135/reti-transeuropee-orientamenti>



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

e terminali ferroviari/stradali in una rete integrata che copra i singoli Stati membri.

Tuttavia, la mancanza di un'infrastruttura dei trasporti coerente di questo tipo costituisce un grave ostacolo al corretto funzionamento del mercato interno. La creazione di tale rete richiede la preparazione e l'attuazione di migliaia di progetti miranti a eliminare le strozzature esistenti, realizzare i collegamenti mancanti e migliorare l'interoperabilità tra le varie modalità di trasporto e tra le infrastrutture dei trasporti regionali e nazionali. Inoltre, tra le priorità per lo sviluppo dell'infrastruttura della TEN-T figura l'applicazione di soluzioni tecnologiche innovative che possono svolgere un ruolo fondamentale nella trasformazione dei trasporti, per renderli accessibili a tutti e creare un sistema più sicuro, sostenibile, a bassa intensità di carbonio ed efficiente dal punto di vista energetico.

La nuova politica dell'UE in materia di infrastrutture dei trasporti istituisce, per la prima volta, una struttura a doppio strato per le vie di trasporto dell'UE che comprende una rete globale e una rete centrale. I progetti lungo la rete globale dovrebbero essere ultimati entro la fine del 2050, mentre quelli che fanno parte della rete centrale dovrebbero soddisfare i criteri TEN-T entro la fine del 2030.

Inoltre, sono stati introdotti nove corridoi multimodali principali quali nuovo strumento politico per facilitare l'attuazione coordinata dei progetti situati nella rete centrale. Tali corridoi dovrebbero riunire gli investitori pubblici e privati per mettere in comune le risorse destinate allo sviluppo della rete centrale. Per garantire che i corridoi siano attuati in modo efficace ed efficiente, ognuno di essi è sostenuto da un coordinatore europeo.

La politica in materia di TEN-T si concentra sullo sviluppo delle autostrade del mare e sull'attuazione del sistema europeo di gestione del traffico ferroviario (ERTMS)⁶⁴⁰. Sono pertanto stati designati due coordinatori europei aggiuntivi, uno per ciascuno degli ambiti summenzionati, con l'incarico di guidare il processo per un'attuazione armonizzata.

Nel 2015 ciascun coordinatore europeo ha elaborato un piano di lavoro, rispettivamente sulle autostrade del mare e su un corridoio ERTMS⁶⁴¹. Tali piani di lavoro devono essere aggiornati periodicamente, tenendo conto dei progressi compiuti nell'attuazione dei progetti. Inoltre, per il 2023 era stata prevista una revisione approfondita dell'attuazione della rete centrale⁶⁴².

Nel 2014 l'Agenzia esecutiva per la rete transeuropea dei trasporti è stata rinominata Agenzia esecutiva per l'innovazione e le reti (INEA). Oltre a proseguire con l'esecuzione dei programmi TEN-T e Marco Polo del periodo 2007-2013, è stata incaricata della gestione

⁶⁴⁰ Lo scopo dell'ERTMS è sostituire tutti i sistemi di segnalamento esistenti in Europa con un sistema unico, così da promuovere l'interoperabilità delle reti ferroviarie nazionali e il trasporto ferroviario transfrontaliero. L'ERTMS è concepito per assicurare uno standard comune che consenta ai treni di viaggiare senza interruzioni attraverso paesi differenti, e per incoraggiare la competitività del settore ferroviario.

⁶⁴¹ European Rail Traffic Management System/European Train Control System (ERTMS/ETCS) è un sistema - basato su standard europeo - permette ai treni dei diversi paesi di circolare senza soluzione di continuità su tutte le linee europee che ne sono dotate ed è capace di garantire la circolazione in sicurezza dei treni con l'adozione di funzionalità e tecnologie all'avanguardia.

⁶⁴² U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, Carducci Editore, 2015, III ediz.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

tecnica e finanziaria del meccanismo per realizzare il collegamento tra l'Europa⁶⁴³ di parti di Horizon 2020.

Nel settembre 2018 la Commissione ha avviato consultazioni pubbliche per esaminare i progressi finora compiuti nell'attuazione della TEN-T dall'entrata in vigore degli orientamenti. La valutazione viene condotta in preparazione della revisione della TEN-T ed è anche intesa a valutare l'efficacia della politica in materia di TEN-T in settori chiave come i carburanti alternativi, la digitalizzazione e il trasporto multimodale. Secondo il programma di lavoro della Commissione per il 2021, adottato il 19 ottobre 2020, la revisione del regolamento TEN-T è prevista per il terzo trimestre del 2021.⁶⁴⁴

3. Il Green New Deal

Il progetto della Commissione Europea denominato "Green New Deal" introduce nell'ordinamento europeo una nuova strategia di crescita mirata a trasformare l'UE in una società giusta e prospera, dotata di un'economia moderna, efficiente sotto il profilo delle risorse e competitiva che nel 2050 non genererà emissioni di gas serra e in cui la crescita economica sarà dissociata dall'uso delle risorse. Essa mira inoltre a proteggere, conservare e migliorare il capitale naturale dell'UE e a proteggere la salute e il benessere dei cittadini dai rischi di natura ambientale e dalle relative conseguenze. I trasporti sono responsabili di un quarto delle emissioni di gas serra dell'UE e il loro impatto è in continua crescita⁶⁴⁵.

Per conseguire la neutralità climatica è necessario ridurre le emissioni prodotte dai trasporti del 90 % entro il 2050 e occorrerà il contributo del trasporto stradale, ferroviario, aereo e per vie navigabili. Il trasporto multimodale necessita di un forte impulso che aumenterà l'efficienza del sistema dei trasporti. Una priorità è quella di trasferire una parte sostanziale del 75 % dei trasporti interni di merci che oggi avviene su strada alle ferrovie e alle vie navigabili interne. Le misure necessarie a migliorare la gestione ed aumentare la capacità del sistema ferroviario e delle vie navigabili interne saranno oggetto di una proposta della Commissione entro il 2021. La Commissione valuterà inoltre la possibilità di ritirare l'attuale proposta di revisione della direttiva sui trasporti combinati e di presentarne una nuova perché diventi uno strumento efficace a sostegno delle operazioni di trasporto multimodale di merci che comprenda il trasporto ferroviario e per vie navigabili, compreso il trasporto marittimo a corto raggio.

L'UE dovrebbe aumentare la produzione e la diffusione di combustibili alternativi sostenibili per il settore dei trasporti. Entro il 2025 sarà necessario circa 1 milione di stazioni di ricarica e rifornimento pubbliche per i 13 milioni di veicoli a basse e a zero emissioni

⁶⁴³ CEF.

⁶⁴⁴ Reti transeuropee, Parlamento europeo, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/135/reti-transeuropee-orientamenti>.

⁶⁴⁵ Cfr. M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, Giuffrè Editore, 2017, II ediz.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

previsti sulle strade europee. La Commissione sosterrà la diffusione di punti di ricarica e rifornimento pubblici laddove esistono lacune persistenti, in particolare per i viaggi di lunga distanza e nelle zone meno densamente popolate, e avvierà il più rapidamente possibile un nuovo invito a presentare proposte di finanziamento. Tali misure integreranno quelle adottate a livello nazionale. La Commissione prenderà in considerazione le opzioni legislative per promuovere la produzione e l'utilizzo di combustibili alternativi sostenibili per le diverse modalità di trasporto e intende inoltre riesaminare la direttiva relativa all'infrastruttura per i combustibili alternativi e il regolamento TEN-T per accelerare la diffusione dei veicoli e delle imbarcazioni a zero e a basse emissioni⁶⁴⁶.

Il Green New Deal ha esercitato una importante influenza sul già citato regolamento UE n. 1315/2013 che regola orientamenti dell'Unione per lo sviluppo (TEN-T) e che disciplina la politica europea in materia di infrastrutture di trasporto.

Infatti, in linea con il piano d'azione incluso nella comunicazione della Commissione europea sul Green New Deal europeo e con la strategia per una mobilità intelligente e sostenibile, per il 2021 come suddetto, è stata prevista una proposta di revisione del regolamento TEN-T. La consultazione, aperta a febbraio 2021 e chiusa a maggio 2021, fa parte della valutazione d'impatto su cui si baserà la proposta legislativa di revisione del regolamento TEN-T. Il suo principale obiettivo è garantire che, oltre alle organizzazioni direttamente coinvolte nella politica TEN-T, anche altri gruppi di portatori di interessi e il pubblico in generale abbiano la possibilità di esprimere il proprio parere sull'argomento. Secondo quanto dichiarato dal Ministero delle Infrastrutture e delle Mobilità sostenibili sono pervenute varie dichiarazioni e proposte dai principali operatori economici del mercato autostradale e sono attualmente in fase di revisione.⁶⁴⁷

4. Legge Europea sul clima

La Legge Europea sul Clima⁶⁴⁸, entrata in vigore il 29 luglio 2021, ha trasformato in legge l'obiettivo individuato dal Green Deal europeo di rendere la società e l'economia europea ad impatto climatico zero entro il 2050. Con la legge europea sul clima, la Commissione pone come obiettivo giuridicamente vincolante, l'azzeramento delle emissioni di gas serra entro il 2050. Le istituzioni dell'UE e gli Stati membri sono tenuti ad adottare le misure necessarie a livello nazionale e dell'UE per raggiungere l'obiettivo, tenendo conto

⁶⁴⁶ Bruxelles, 11.12.2019 Il Green Deal Europeo. Comunicazione della commissione al parlamento europeo, al consiglio, al comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni.

⁶⁴⁷ <https://www.politicheeuropee.gov.it/attivita/consultazioni-pubbliche-europee/esiti-consultazioni-2021/rete-transeuropea-dei-trasporti/>

⁶⁴⁸ Il 29 luglio 2021 è entrata in vigore la Legge europea sul clima (Regolamento CEE/UE 30 giugno 2021, n. 1119) che "stabilisce l'obiettivo vincolante della neutralità climatica nell'Unione entro il 2050" e "istituisce un quadro per progredire nel perseguimento dell'obiettivo globale di adattamento".



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

dell'importanza di promuovere l'equità e la solidarietà tra gli Stati membri⁶⁴⁹.

La legge prevede misure per verificare i progressi compiuti e adeguare gli interventi sulla base di sistemi esistenti quali il processo di governance dei piani nazionali per l'energia e il clima degli Stati membri, le relazioni periodiche dell'Agenzia europea dell'ambiente e i più recenti dati scientifici sui cambiamenti climatici e i relativi impatti.

I progressi saranno verificati ogni cinque anni, in linea con il bilancio globale previsto dall'accordo di Parigi. La legge sul clima delinea anche la via da seguire per raggiungere l'obiettivo del 2050.⁶⁵⁰

5. Meccanismo per collegare l'Europa (MCE)

Inoltre, al fine di soddisfare i predetti obiettivi, in data 11 marzo 2021, è stato raggiunto un accordo provvisorio tra il Parlamento e il Consiglio sulla seconda edizione del programma faro dell'UE meccanismo per collegare l'Europa (MCE)⁶⁵¹. Il programma MCE 2.0 continuerà a finanziare i progetti fondamentali nei settori dei trasporti, del digitale e dell'energia. Sarà operativo dal 2021 al 2027 e dotato di un significativo bilancio complessivo pari a 33,71 miliardi di euro⁶⁵².

Le dotazioni per ciascun settore saranno (a prezzi correnti) di 25,81 miliardi di euro per i trasporti, 5,84 miliardi di euro per l'energia e di 2,06 miliardi di euro per il digitale. Nel settore dei trasporti, l'MCE 2.0 promuoverà reti interconnesse e multimodali per sviluppare e ammodernare le infrastrutture ferroviarie, stradali, marittime e di navigazione interna e per una mobilità sicura e protetta. Si darà priorità all'ulteriore sviluppo delle reti transeuropee dei trasporti (TEN-T), concentrandosi sui collegamenti mancanti e sui progetti transfrontalieri che presentano un valore aggiunto dell'UE. Circa 1,56 miliardi di euro del bilancio per i trasporti finanzieranno grandi progetti ferroviari tra i paesi beneficiari del Fondo di coesione.

L'MCE 2.0 garantirà inoltre che, nel caso in cui l'infrastruttura venga adattata per migliorare la mobilità militare all'interno dell'UE, essa sia compatibile con il duplice uso,

⁶⁴⁹ Per approfondimenti e confronti G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli Editore, aggiornamento a cura di F. DINELLI.

⁶⁵⁰ La Commissione Europea presenta la proposta legislativa per la neutralità climatica al 2050, Dipartimento Unità per l'Efficienza Energetica dell'ENEA, 2020, <https://www.energiaenergetica.enea.it/vi-segnaliamo/la-commissione-europea-presenta-la-proposta-legislativa-per-la-neutralita-climatica-al-2050.html/>

⁶⁵¹ Il meccanismo per collegare l'Europa (MCE) sostiene progetti di interesse comune (cioè di interesse dell'UE nel suo insieme) per le infrastrutture nei settori di: trasporti; telecomunicazioni; e energia. Il suo fine ultimo è quello di accelerare gli investimenti nelle reti transeuropee e a stimolare i finanziamenti provenienti dal settore pubblico e privato. Stabilisce anche la quantità di denaro da mettere a disposizione a partire dal 2021 fino al 2027 e per quali aree.

⁶⁵² <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2021/06/14/eu-s-flagship-programme-connecting-europe-facility-2-0-adopted-by-the-council/>



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

soddisfacendo esigenze sia civili che militari. La mobilità militare disporrà di un bilancio separato, pari a 1,69 miliardi di euro, nell'ambito della dotazione per i trasporti⁶⁵³.

6. Sostenibilità, traffico e sicurezza

Per raggiungere gli obiettivi fissati nella Legge Europea sul Clima non si può non menzionare la materia della sicurezza. Nell'ambito dei trasporti questa materia è sempre stata al centro del dibattito poiché tutti i cittadini che vivono nello spazio giuridico dell'UE, utilizzano tutti i giorni infrastrutture e veicoli per spostarsi⁶⁵⁴.

Per questo motivo, il titolo VI del trattato di Lisbona e in particolare l'articolo 91 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) costituiscono la base giuridica per la creazione di questo spazio della sicurezza stradale, il cui scopo è quello di migliorarla e contribuire alla mobilità sostenibile. Nel suo Libro bianco del 2011 dal titolo «Tabella di marcia verso uno spazio unico europeo dei trasporti — Per una politica dei trasporti competitiva e sostenibile», pubblicato il 28 marzo 2011, la Commissione ha spostato al 2020 la data obiettivo entro cui dimezzare il numero di vittime della strada. Ha inoltre fissato il 2050 come data per avvicinarsi all'obiettivo di «zero vittime». Nei suoi orientamenti politici la Commissione ha definito sette obiettivi per raggiungere i quali prevede di adottare misure nazionali ed europee, conformemente ai principi di responsabilità condivisa e di sussidiarietà.⁶⁵⁵

Tali obiettivi comprendono in particolare quanto segue: migliorare l'educazione e la formazione degli utenti della strada e rafforzare l'applicazione della normativa stradale; migliorare la sicurezza dell'infrastruttura stradale e dei veicoli; promuovere l'utilizzo dei sistemi di trasporto intelligenti, ad esempio mediante il sistema di chiamata d'emergenza a bordo «eCall»; migliorare i servizi di emergenza e post-incidente; proteggere gli utenti della strada più vulnerabili, come pedoni e ciclisti.

L'UE ha quindi posto l'attenzione sui vari aspetti della sicurezza legati allo stato tecnico dei veicoli, così da introdurre un pacchetto di misure chiamato "pacchetto controlli tecnici" al cui interno si trovano tutte una serie di norme relative alla sicurezza e allo stato manutentivo dei mezzi di trasporto. Ancora l'Unione ha evidenziato e normato il settore del trasporto delle merci pericolose e dei sistemi di trasporto intelligenti legati all'iniziativa "eSafety". Ha posto attenzione alla statistica e prevenzione degli incidenti causati dalla guida in stato di ebbrezza e alla sicurezza dell'infrastruttura stradale, materia vitale per la riuscita

⁶⁵³ Meccanismo per collegare l'Europa: accordo informale con il Parlamento europeo sul programma dopo il 2020.

⁶⁵⁴ C. DE VINCENTI, *L'European Green Deal e il suo impatto sul quadro finanziario pluriennale 2021-2027*, 2021.

⁶⁵⁵ Anche F. GASPARI, *La regolazione della mobilità urbana sostenibile e i limiti del Green Deal dell'Unione europea: ovvero, il ruolo dello Stato all'alba della post-globalizzazione*, 2020.



di qualsiasi spostamento.⁶⁵⁶

7. Trasporto su strada: armonizzazione fiscale e tecnica

L'8 luglio 2008 la Commissione europea ha presentato una serie di iniziative volte a favorire un sistema di trasporti più ecologici, che ha fornito un modello applicazione generale per il calcolo di tutti i costi esterni, inclusi quelli legati all'ambiente, al rumore, alla congestione del traffico e della salute. Esso è servito da base per il calcolo delle tariffe di utilizzo delle infrastrutture per la revisione della direttiva 1999/62/CE del 17 giugno 1999 «Eurovignette»⁶⁵⁷ e prefigura una strategia di graduale applicazione a tutti i modi di trasporto. La direttiva «Eurovignette» rimane il punto di riferimento in materia di tariffe per l'utilizzo delle infrastrutture stradali da parte delle imprese di trasporto. Essa è stata modificata dalle direttive 2006/38/CE del 17 maggio 2006 e 2011/76/UE del 27 settembre 2011. La direttiva «Eurovignette» si basa sul principio del «chi inquina paga» e l'internalizzazione dei costi esterni del trasporto stradale. Essa ha l'obiettivo di garantire che i costi generati dall'utilizzo delle infrastrutture da parte dei mezzi pesanti siano stornati sui canoni.⁶⁵⁸

Come parte del programma legislativo della Commissione «L'Europa in movimento», pubblicato il 31 maggio 2017, due nuove proposte per la modifica della direttiva «Eurovignette» sono ora sul tavolo: una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 1999/62/CE relativa alla tassazione a carico di autoveicoli pesanti adibiti al trasporto di merci su strada per l'uso di alcune infrastrutture e una proposta di direttiva del Consiglio che modifica la direttiva 1999/62/CE relativa alla tassazione a carico di autoveicoli pesanti adibiti al trasporto di merci su strada per l'uso di alcune infrastrutture, per quanto riguarda determinate disposizioni concernenti le tasse sugli autoveicoli, approvata dal Parlamento nel quadro della procedura di consultazione del luglio 2018 e in attesa della decisione finale. Un altro punto altresì incluso nell'agenda legislativa «L'Europa in movimento» del 2017, è una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'interoperabilità dei sistemi di telepedaggio stradale e l'agevolazione dello scambio transfrontaliero di informazioni riguardanti il mancato pagamento dei pedaggi stradali nell'Unione (COM(2017)0280). In seguito al completamento della procedura di codecisione, la procedura è stata approvata e successivamente pubblicata nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea come direttiva (UE) 2019/520.

È stato altresì individuato il livello di prestazione in materia di emissioni; in

⁶⁵⁶ Note temi sull'Unione europea. Trasporti su strada: armonizzazione della legislazione Norme sul traffico e di sicurezza. Parlamento Europeo.

⁶⁵⁷ <https://slovenian-presidency.consilium.europa.eu/it/notizie/eurovignette-road-charging-reform-adopted-by-council/>

⁶⁵⁸ E. MARCUCCI e P. POLIDORI, *La tariffazione del traffico urbano Teoria ed applicazioni pratiche*, Università di Urbino, Urbino, 1998.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

particolare il regolamento (CE) 443/2009 e il regolamento (EU) 510/2011 fissano livelli di prestazione in materia di emissioni delle autovetture nuove e dei veicoli commerciali leggeri nell'ambito dell'approccio integrato per ridurre le emissioni di CO₂.⁶⁵⁹

Sono stati individuati i Valori massimi di dimensioni e peso per quanto riguarda la massa dei veicoli e il loro carico utile. La direttiva 96/53/CE del 25 luglio 1996 che fissa i valori massimi di dimensione e peso autorizzati per il traffico nazionale e internazionale è il testo di riferimento per le norme dimensionali che nell'Unione si applicano a tutti i mezzi pesanti che circolano tra Stati membri. Tuttavia, l'articolo 4 di detta direttiva concede alcune deroghe nazionali: gli Stati membri possono consentire a veicoli che superano i limiti di cui all'allegato della direttiva (18,75 m e 40 t), per operazioni di trasporto che non influenzano sensibilmente la concorrenza internazionale nel settore dei trasporti (quali, ad esempio, le operazioni legate al taglio del legname e la silvicoltura)⁶⁶⁰.

Per quanto concerne la materia amministrativa, sono stati individuati i cc.dd. "obblighi giuridici del conducente" in particolare sulle disposizioni relative alla patente di guida. La direttiva 91/439/CEE del 29 luglio 1991 sulla patente di guida ha uniformato il formato e le classi di veicoli, introducendo il principio del mutuo riconoscimento e stabilendo le norme minime in merito ai requisiti fisici e all'idoneità alla guida. La direttiva 96/47/CE del 23 luglio 1996 ha stabilito un modello alternativo di patente di guida in forma di tessera tipo carta di credito. La terza direttiva relativa alla patente di guida (la direttiva 2006/126/CE del 20 dicembre 2006) impone questo formato per tutte le patenti di guida rilasciate all'interno dell'Unione a partire dal 19 gennaio 2013.⁶⁶¹ D'altra parte, tutte le attuali patenti di carta in circolazione dovranno passare al nuovo formato di tessera plastificata in caso di rinnovo o al massimo entro il 2033. Tutte le nuove patenti avranno una durata di validità (da 10 a 15 anni a seconda del paese per i motocicli e le vetture e di 5 anni per i camion e gli autobus) e saranno valide ovunque nell'Unione. L'armonizzazione prevista dovrebbe rispondere ai seguenti obiettivi: lottare contro le frodi, ridurre il turismo della patente di guida, garantire la libera circolazione e migliorare la sicurezza stradale⁶⁶².

Ci si è soffermati anche sull'immatricolazione dei veicoli, prevedendo l'inclusione nel pacchetto «controlli tecnici», l'armonizzazione dei documenti di immatricolazione dei veicoli e la semplificazione dei controlli sulla proprietà e il passaggio di proprietà tra cittadini di due Stati membri diversi⁶⁶³.

⁶⁵⁹ Note tematiche sull'Unione europea. Trasporto su strada: armonizzazione della legislazione. Livelli di prestazione in materia di emissioni. Parlamento Europeo.

⁶⁶⁰ Note tematiche sull'Unione europea. Trasporto su strada: armonizzazione della legislazione. Valori massimi di dimensioni e peso. Parlamento Europeo.

⁶⁶¹ Trasporto su strada: armonizzazione della legislazione, Parlamento europeo, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/128/trasporto-su-strada-armonizzazione-della-legislazione>.

⁶⁶² Note tematiche sull'Unione europea. Trasporto su strada: armonizzazione della legislazione. Obblighi giuridici del conducente. Parlamento Europeo.

⁶⁶³ Note tematiche sull'Unione europea. Trasporto su strada: armonizzazione della legislazione. Immatricolazione dei veicoli. Parlamento Europeo.



8. Diritti dei lavoratori nel settore dei trasporti

Il settore dei trasporti era stato escluso dalla direttiva di base 93/104/CE del 23 novembre 1993 concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro. La direttiva 2002/15/CE dell'11 marzo 2002 che disciplina l'orario di lavoro dei conducenti di mezzi di trasporto su strada definisce i requisiti minimi per l'organizzazione dell'orario di lavoro, a vantaggio della salute e della sicurezza dell'autotrasportatore.

La direttiva stabilisce che l'orario di lavoro settimanale sia mediamente di 48 ore. Può arrivare a 60 ore a condizione che la media settimanale calcolata su un periodo di quattro mesi non superi le 48 ore. La durata massima di guida giornaliera e settimanale, le pause e la durata minima dei periodi di riposo giornalieri sono disciplinate dal regolamento (CE) n. 561/2006 del 15 marzo 2006 che abroga il regolamento (CEE) n. 3820/85 del 20 dicembre 1985. Si applica ai conducenti che effettuino trasporto di merci (veicoli con oltre 3,5 tonnellate) o di passeggeri (veicoli per il trasporto di oltre 9 persone) e introduce inoltre, pause di riposo più frequenti, come pure il miglioramento e la semplificazione delle possibilità di controllo e di sanzione.

Il regolamento (CE) n. 561/2006 ha inoltre modificato il regolamento (CEE) n. 3821/85 del 20 dicembre 1985 e ha reso il tachigrafo digitale obbligatorio. Dato che esso non può essere manomesso, il tachigrafo facilita l'individuazione delle violazioni della legislazione sociale dell'UE. La direttiva 2006/22/CE del 15 marzo 2006 definisce i requisiti minimi da rispettare per l'attuazione delle normative succitate e fissa il numero minimo di controlli (almeno il 3% delle giornate di lavoro dei conducenti per il 2010) che gli Stati membri sono tenuti a effettuare per verificare il rispetto dei periodi di guida, di pausa e di riposo. Il regolamento (CE) n. 561/2006 è legato anche al regolamento (UE) n. 165/2014 che disciplina i requisiti per i tachigrafi. La sostituzione del tachigrafo analogico con tachigrafi digitali consentirà progressivamente di analizzare un volume crescente di dati in tempi più rapidi e con maggiore precisione e gli Stati membri saranno quindi in grado di effettuare un elevato volume di controlli.⁶⁶⁴

9. Il piano finanziario green

Il Green Deal europeo, e il relativo Piano di Investimenti⁶⁶⁵, illustrano gli strumenti di

⁶⁶⁴ Note tematiche sull'Unione europea. Trasporto su strada: armonizzazione della legislazione Armonizzazione sociale dei tempi di lavoro, di guida e di riposo. Parlamento Europeo.

⁶⁶⁵ La Commissione ha messo in atto il piano di investimenti del Green Deal europeo (EGDIP), noto anche come piano di investimenti per un'Europa sostenibile (SEIP), nell'ambito del Green Deal. Ciò include il meccanismo per una transizione giusta, che mira a garantire una transizione equa e giusta



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

finanziamento disponibili e gli investimenti necessari per garantire una transizione giusta e inclusiva. Il piano di investimenti ha tra gli obiettivi principali quello di aumentare i finanziamenti per la transizione e sostenere gli investimenti sostenibili nel prossimo decennio attraverso il bilancio dell'UE, individuare un quadro di riferimento per gli investitori privati e il settore pubblico per facilitare gli investimenti sostenibili, aiutare in modo tangibile le amministrazioni pubbliche e i promotori di progetti per l'identificazione, la strutturazione e l'esecuzione di progetti sostenibili.

Una parte del piano di investimenti, il *Just Transition Mechanism*⁶⁶⁶, sarà finalizzata a fornire supporto specifico per una transizione europea giusta ed equa, mobilitando almeno 100 miliardi di euro in investimenti nel periodo 2021-2027⁶⁶⁷. Il meccanismo è strutturato intorno a tre pilastri. Il primo è il *Just Transition Fund*⁶⁶⁸, che fornirà risorse aggiuntive da utilizzare congiuntamente al FESR (fondo europeo di sviluppo regionale) e all'FSE (fondo sociale europeo). Il secondo è il Scheme *Just Transition in InvestEU*, con risorse aggiuntive del *budget* per 1,8 miliardi al fine di mobilitare 45 miliardi di euro in investimenti. Infine vi è lo strumento di prestito al settore pubblico per investimenti, ad esempio, in infrastrutture per energia, trasporti, edifici, garantito dal budget UE e dalla BEI⁶⁶⁹. Tali fondi e programmi forniranno finanziamenti su misura per una vasta gamma di progetti, sia di piccole dimensioni che quelli più.

Il meccanismo di transizione giusta non si limita ai finanziamenti, ma basandosi su una *Just Transition Platform*, la Commissione fornirà anche assistenza tecnica agli Stati membri, alle Regioni e agli investitori e si assicurerà il coinvolgimento delle comunità interessate, le autorità locali, le parti sociali e le organizzazioni non governative. Inoltre, la Commissione ha proposto che il 25% del totale del prossimo bilancio a lungo termine contribuisca all'azione per il clima e alla spesa per l'ambiente attraverso molteplici programmi.⁶⁷⁰

verso un'economia verde e mobiliterà investimenti significativi nel periodo 2021-2027 per sostenere i cittadini delle regioni maggiormente colpite dalla transizione.

⁶⁶⁶ F. COLLI, *The EU's Just Transition: three challenges and how to overcome them*, European Policy Brief, 2020.

⁶⁶⁷ Cfr. P. NEWELL, D. MULVANEY, *The political economy of the 'just transition'*, The Geographical Journal, 2013.

⁶⁶⁸ Il Fondo per una transizione giusta (Just Transition Fund, JTF) è un nuovo strumento finanziario nel quadro della politica di coesione, che mira a fornire sostegno ai territori che devono far fronte a gravi sfide socioeconomiche derivanti dalla transizione verso la neutralità climatica. In particolare, esso è volto a garantire che il raggiungimento degli ambiziosi obiettivi climatici assunti nell'ambito dell'European Green Deal - finalizzato a rendere l'UE climaticamente neutra entro il 2050 - avvenga in modo equo e non lasci indietro nessuno.

⁶⁶⁹ La Banca europea per gli investimenti o BEI è l'istituzione finanziaria dell'Unione europea creata nel 1957.

⁶⁷⁰ Finanziare la transizione verde: il piano di investimenti del Green Deal europeo e il meccanismo per una transizione giusta - Commissione Europea.



10. Green New Deal e nuovi obiettivi

Al fine di perseguire una politica economica che rilanci l'economia e lo sviluppo inclusivo e sostenibile, con al centro la realizzazione di un Green New Deal orientato al contrasto ai cambiamenti climatici, occorre lavorare, nel prossimo futuro, ad un solido e rigoroso piano finanziario di lungo periodo, proponendo azioni concrete sul possibile contributo del settore finanziario alla transizione, utilizzando gli strumenti messi a disposizione a livello europeo e riportandoli e adattandoli alla realtà nazionale.⁶⁷¹

Qui di seguito, per ragioni di maggiore chiarezza espositiva, si elencano sinteticamente le principali aree di intervento e i soggetti coinvolti.

1) Finanza sostenibile

La piena attuazione dell'eco-innovazione nell'ambito dell'industria 4.0 dovrà essere perseguita sfruttando anche gli strumenti di finanza sostenibile, in corso di predisposizione a livello europeo, e rivedendo progressivamente le agevolazioni dannose per l'ambiente. Il primo passo sarà quindi il recepimento e l'attuazione a livello nazionale dei regolamenti che saranno adottati a livello europeo per dare attuazione alle azioni identificate dal Piano di Azione della Commissione europea e delle relative proposte sul pacchetto di misure per l'attuazione di alcune di queste azioni (in particolare, tassonomia, *benchmark e disclosure*). Ci si aspetta che la sostenibilità ambientale e sociale sia posta al centro della programmazione UE in senso trasversale alle politiche, e che il piano d'azione per il finanziamento della crescita sostenibile, avviato nel 2018, sia portato a compimento e ulteriormente rafforzato.

2) Banca centrale

Le autorità di vigilanza e le banche centrali possono svolgere un ruolo attivo nel riorientamento dei flussi finanziari, in particolare nell'adozione di standard di gestione del rischio, di pratiche di stress-test per il rischio climatico, gestendo gli obblighi di comunicazione delle informazioni ed elaborando linee-guida e programmi di *capacity building*.

3) Revisione dei sussidi ambientalmente dannosi e riforma fiscale ecologica

Le finanze pubbliche dovranno orientarsi verso il principio del "chi inquina paga", eliminando gradualmente i sussidi ambientalmente dannosi, in primis, le sovvenzioni alle fonti fossili. Questi costituiscono un duplice onere sui bilanci pubblici, in quanto si traducono in maggiore spesa pubblica (o mancato gettito) corrente, nonché in maggiori costi ambientali e sanitari presenti e futuri. Il Catalogo dei Sussidi ambientalmente dannosi e favorevoli, che la legge italiana, nell'articolo 68 della Legge n. 221/2015 (Collegato ambientale del 2015), richiede sia aggiornato annualmente, costituisce un prodotto informativo di riferimento. A livello nazionale, si sta lavorando alla rimodulazione selettiva

⁶⁷¹ S. TAGLIAPIETRA, *L'energia del mondo: geopolitica, sostenibilità, Green New Deal*, Bologna, Il Mulino, 2020.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

delle agevolazioni fiscali e dei sussidi dannosi per l'ambiente, in vista di una graduale ed equa eliminazione di questi sussidi e del riutilizzo del gettito a fini sociali e ambientali.

I recenti sviluppi legislativi nazionali hanno previsto una serie di strumenti utili alla l'elaborazione e la valutazione di misure relative alla riduzione dei sussidi ambientalmente dannosi, in particolare: la legge di bilancio 2020 ha istituito la Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte per la transizione ecologica e per la riduzione dei sussidi ambientalmente dannosi, commissione interministeriale presso il Ministero dell'Ambiente, istituita al fine di programmare la riduzione dei sussidi ambientalmente dannosi ed elaborare una proposta per la ridefinizione del sistema delle esenzioni a partire dall'anno 2021 in materia di trasporto merci, navale e aereo, di agricoltura e usi civili, con l'obiettivo di ridurre la spesa pubblica e di sostenere le innovazioni e gli investimenti in ricerca, innovazione tecnologica, sviluppo e infrastrutture per la riconversione ecologica che producano una riduzione delle emissioni di gas serra entro l'anno 2030.

È stato altresì istituito il Comitato per la Bioeconomia e la Fiscalità Sostenibile, interno al Ministero dell'Ambiente, che ha il compito di: contribuire all'individuazione dei sussidi ambientalmente dannosi e favorevoli al fine di redigere il Catalogo; formulare proposte per il ri-orientamento dei sussidi ambientalmente dannosi in favore di politiche eco-compatibili e per la fiscalità di vantaggio nelle zone economiche ambientali; formulare proposte per la fiscalità sostenibile e verde.

Dal predetto Comitato, dipendono il gruppo di studio in materia di economia e sviluppo sostenibile, il gruppo di studio in materia di Bioeconomia circolare e il gruppo di lavoro sulla finanza sostenibile⁶⁷².

4) Sistemi di fissazione del prezzo del carbonio

L'internalizzazione delle esternalità ambientali attraverso strumenti quali la fissazione del prezzo del carbonio potrà assicurare che le tecnologie di riduzione delle emissioni producano benefici economici tangibili. La possibilità che il prezzo del carbonio continui ad aumentare nel tempo incoraggerà le imprese e i consumatori a investire in prodotti e tecnologie a basse emissioni.

5) Informazione non finanziaria

Il Decreto legislativo 254/2016 sulla comunicazione di informazioni di carattere non finanziario da parte delle grandi imprese costituisce un buon punto di partenza per disciplinare in maniera generale il tema dell'obbligatorietà dell'informazione non finanziaria, verso il quale prima o poi tutte le società, con modalità e gradazioni differenti, dovranno

⁶⁷² Il 30 giugno 2020 si è insediato il gruppo di studio di supporto che svolgerà ricerca sui temi dello sviluppo sostenibile nel quadro degli Obiettivi di sviluppo sostenibile nelle Nazioni Unite e proposte normative in ordine alle più rilevanti questioni economico-ambientali. In particolare il Gruppo lavorerà sui seguenti ambiti: sistemi di rating e di valutazione della finanza verde; metodi di "nudging", ovvero la cosiddetta economia comportamentale, per lo stimolo all'adozione di stili di vita e di consumo responsabili; green public procurement, cioè gli acquisti verdi per le pubbliche amministrazioni; gli incentivi all'adozione di iniziative in direzione della sostenibilità ambientale; campagne di promozione della sostenibilità ambientale; smart working e sostenibilità ambientale.



tendere. L'informazione non finanziaria copre anche i temi ambientali, inclusi l'utilizzo di risorse energetiche rinnovabili e non rinnovabili, l'impiego di risorse idriche; le emissioni di gas serra e le emissioni inquinanti in atmosfera; l'impatto sull'ambiente associato ai fattori di rischio ambientale. Il provvedimento in oggetto ha al momento valore su un numero limitato di aziende che, spesso, già da tempo redigono un report di sostenibilità.⁶⁷³

11. Piano nazionale ripresa e resilienza (PNRR)

Il Piano Nazionale Ripresa e Resilienza è parte di una più ampia e ambiziosa strategia per l'ammodernamento del Paese⁶⁷⁴. Il Governo intende aggiornare le strategie nazionali in tema di sviluppo e mobilità sostenibile; ambiente e clima.⁶⁷⁵

La missione mira a rendere, entro il 2026, il sistema infrastrutturale più moderno, digitale e sostenibile, in grado di rispondere alla sfida della decarbonizzazione indicata dall'Unione Europea con le strategie connesse allo *European Green Deal* e di raggiungere gli obiettivi di sviluppo sostenibile individuati dall'agenda 2030 delle Nazioni Unite.

L'attuale sistema delle infrastrutture del trasporto in Italia sconta carenze e ritardi che hanno effetti significativi sul potenziale di crescita e sulla competitività del Paese. Tale debolezza è acuita dal permanere di forti divari territoriali, che travalicano l'usuale differenza fra Nord e Sud; ma anche tra aree urbane e aree interne e rurali, che rappresentano un forte ostacolo alla convergenza economica e sociale e determinano livelli di qualità dei servizi di trasporto molto difforni sul territorio; limitano di fatto le possibilità di movimento delle persone, lasciando intere comunità isolate; e rappresentano un forte ostacolo alla convergenza economica⁶⁷⁶.

Alla missione dedicata alle Infrastrutture per una modalità sostenibile sono dedicati 25,40 mld di euro.

Al settore autostradale, in particolare, è dedicata la Componente 1 della Missione 3, quella relativa alla sicurezza stradale.

Il piano denominato: "sicurezza stradale 4.0", è un intervento volto a riformare e ad aumentare gli investimenti nazionali riguardo la messa in sicurezza, il contrasto e l'adattamento al cambiamento climatico della rete stradale, con una forte componente di ammodernamento tecnologico attraverso un sistema di monitoraggio digitale avanzato.

Il PNRR elenca due riforme che vanno in questa direzione:

- 1) Trasferimento della titolarità delle opere d'arte (ponti, viadotti e cavalcavia) relative alle strade di secondo livello ai titolari delle strade di primo livello (autostrade e strade extraurbane principali).

⁶⁷³ Strategia italiana di lungo termine sulla riduzione delle emissioni dei gas a effetto serra.

⁶⁷⁴ G. MATTEO, N. GARBELLINI, *Le politiche industriali nel Pnrr*, 2021.

⁶⁷⁵ L. CAVALLI et al., *The contribution of PNRR investments to the 2030 Agenda in light of the European Commission's assessment*, FEEM Policy Brief No.3, 2021.

⁶⁷⁶ P. VILLANI, *Se 32 miliardi vi paion pochi*, Protecta Web, 2021.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

La riforma prevede l'attuazione del "Decreto Semplificazioni" (Decreto-legge n. 76 del 16 luglio 2020, convertito in Legge n. 120 dell'11 settembre 2020) nella parte in cui prevede il trasferimento della titolarità di ponti, viadotti e cavalcavia sulle strade di secondo livello a quelle di primo livello (autostrade e strade statali), in particolare dai Comuni, dalle Province e dalle Regioni allo Stato. Ciò consentirà un aumento della sicurezza complessiva della rete stradale, in quanto la manutenzione di ponti, viadotti e cavalcavia sarà di competenza dell'ANAS e/o delle società concessionarie autostradali, che hanno capacità di pianificazione e manutenzione migliori rispetto ai singoli comuni o alle province.

- 2) Attuazione delle Linee guida per la classificazione e gestione del rischio, la valutazione della sicurezza e il monitoraggio dei ponti esistenti (D.M. 578 del 17 dicembre 2020).

In tal senso, la riforma prevede l'attuazione del processo di valutazione del rischio di ponti e viadotti esistenti, secondo modalità definite dalle Linee guida citate, che assicureranno l'omogeneità della classificazione e della gestione del rischio, della valutazione della sicurezza e del monitoraggio dei ponti, viadotti, rilevati, cavalcavia e opere similari, esistenti lungo strade statali o autostrade gestite da Anas S.p.A.⁶⁷⁷ o da concessionari autostradali.

12. Il Piano nazionale sicurezza stradale 2030

Il Piano Nazionale Sicurezza Stradale 2030 nasce nello spirito di fornire al nostro Paese un importante documento programmatico, che consenta, attraverso successivi programmi operativi di attuazione, di imprimere al processo di riduzione della incidentalità stradale un forte impulso, dopo un periodo di significativo miglioramento nei primi anni del 2000 ed un successivo rallentamento negli anni più recenti.⁶⁷⁸

Il Piano 2030 si colloca a valle dei due piani precedenti: PNSS 2010⁶⁷⁹ e PNSS Orizzonte 2020⁶⁸⁰, che hanno costituito delle pietre miliari nel processo di miglioramento

⁶⁷⁷ L'ANAS (acronimo di "Azienda Nazionale Autonoma delle Strade", in precedenza Ente nazionale per le strade") è una società per azioni italiana, entrata a far parte da gennaio 2018 nel gruppo societario di Ferrovie dello Stato Italiane.

⁶⁷⁸ Piano Nazionale della Sicurezza Stradale 2021-2030 Consultazione Pubblica Documento di sintesi delle Osservazioni, Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili, https://www.mit.gov.it/nfsmgov/files/media/documentazione/2021-10/PNSS_2030_SintesiOsservazioni_pubbl.pdf

⁶⁷⁹ Per approfondimenti v. S. DANDOLINI, *Le strategie del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti per la sicurezza stradale*, 2009.

⁶⁸⁰ Il Piano Nazionale della Sicurezza Stradale con orizzonte 2020 (PNSS Orizzonte 2020), accogliendo gli obiettivi e gli indirizzi della Commissione Europea, da questa definiti nel documento: Orientamenti Programmatici sulla sicurezza Stradale per il periodo 2011 - 2020, prosegue l'azione del precedente Piano 2001 - 2010 e ne costituisce un aggiornamento. Il Ministero ha elaborato una prima



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

della sicurezza stradale in Italia. Nel secondo caso, tuttavia, l'assenza di adeguati finanziamenti può essere vista come uno degli elementi che hanno influito sul rallentamento del trend di riduzione di incidentalità, sebbene andamenti analoghi siano stati registrati anche in altri Paesi europei. Al riguardo si segnala che anche il Cipe⁶⁸¹, con Delibera n. 56 del 13 maggio 2010, precisava che l'assenza di finanziamenti per l'attuazione del Piano avrebbe provocato una forte battuta d'arresto sulla performance raggiunta in quel periodo in termini di riduzione dell'incidentalità. L'esperienza dei due piani precedenti ha consentito di individuare alcune difficoltà di carattere procedurale, inevitabili in un sistema così complesso, che hanno talvolta creato ostacoli nella efficace realizzazione degli interventi. Fra queste, in particolare, le difficoltà di cofinanziamento che si sono avute in alcuni casi da parte degli Enti Locali e la fase di monitoraggio dei risultati, non sempre condotta in maniera appropriata dagli Enti beneficiari.

Le organizzazioni internazionali per lo sviluppo che si occupano di trasporti e salute hanno abbracciato in modo unanime l'obiettivo etico e strategico del *Safe System*, che implica una tolleranza zero nel tradizionale compromesso tra mobilità e morti/feriti gravi sulle strade.

Il *Safe System* rappresenta un cambiamento importante rispetto all'approccio seguito nel passato. Ribalta la visione fatalistica secondo cui gli incidenti stradali sono il prezzo da pagare per garantire la mobilità. Si prefigge l'obiettivo di eliminare le vittime di incidenti stradali e lesioni gravi a lungo termine, con obiettivi intermedi da definire negli anni. L'approccio mira a sviluppare un sistema di trasporto stradale più ergonomico ed indulgente. Accetta che le persone commettano errori, sostiene la necessità di ridurre le situazioni che li possono generare e accoglie il concetto di ridondanza, applicato nel campo della sicurezza industriale, che prevede la predisposizione di una combinazione stratificata di misure per evitare che le persone muoiano a causa dei loro errori, tenuti in conto i limiti della vulnerabilità umana. L'obiettivo prioritario di questa strategia è il miglioramento della sicurezza delle infrastrutture stradali esistenti e pianificate, in coerenza ai principi del *Safe System*.

Azioni incluse in questa linea strategica riguardano:

- 1) Applicazione a tutta la rete stradale dei criteri e delle procedure per la gestione della sicurezza delle infrastrutture stradali, che includono i controlli della sicurezza stradale sui progetti, le ispezioni di sicurezza sulle infrastrutture esistenti, la classificazione della sicurezza della rete stradale e la definizione delle priorità d'intervento.
- 2) Aggiornamento dei criteri di progettazione e di esercizio delle strade in modo da tener conto del fattore umano e dei comportamenti umani nelle diverse fasi del ciclo di vita delle infrastrutture.
- 3) Adozione/attivazione di sistemi di manutenzione programmata dell'infrastruttura

versione del PNSS Orizzonte 2020, che è stato oggetto di consultazione pubblica nel mese di marzo 2014.

⁶⁸¹ Il Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (CIPESS), fino al 31 dicembre 2020 Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE) è un organismo statale italiano istituito con legge 27 febbraio 1967, n. 48, art.16.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

stradale da parte degli enti gestori, al fine di evitare condizioni di ridotta funzionalità della strada e di rischio per gli utenti.

- 4) Il monitoraggio e il finanziamento di sperimentazioni, studi pilota e interventi orientati a rendere le infrastrutture stradali funzionali a livelli più elevati di automazione dei veicoli.

13. Conclusioni

La ricerca svolta ha messo in luce l'importanza del settore dei trasporti e, in particolare, di quello autostradale. La stessa Unione Europea, e le principali Organizzazioni nazionali e internazionali, si sono attivate e continuano ad attivarsi per adeguare tale settore alle esigenze e alle necessità dei cittadini e della società.

In particolare, gran parte dell'attenzione si è soffermata sul concetto di sostenibilità non più intesa come uno sviluppo che soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri, ma con la nuova accezione del termine. Infatti, dottrina e giurisprudenza sono ormai unanimi nel ritenere applicabile nel nostro ordinamento il concetto moderno di sostenibilità: è inteso come l'obbligo per "ogni attività umana giuridicamente rilevante [...] di conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future".

I trasporti consumano un terzo di tutta l'energia finale nell'UE. La maggior parte di questa energia proviene dal petrolio. Ciò significa che i trasporti sono responsabili di gran parte delle emissioni di gas a effetto serra nell'UE e contribuiscono in larga misura ai cambiamenti climatici. Mentre gli altri settori economici, come quello della produzione di energia elettrica e l'industria, per lo più hanno ridotto le loro emissioni dal 1990, le emissioni da trasporto sono aumentate. Attualmente i trasporti sono responsabili di oltre un quarto delle emissioni totali di gas a effetto serra nell'UE e non è prevista un'inversione di tendenza. Ciò rende il settore dei trasporti un grosso ostacolo alla realizzazione degli obiettivi dell'UE in materia di protezione del clima. Autovetture, furgoni, camion e autobus producono oltre il 70 % delle emissioni di gas a effetto serra generate dai trasporti.⁶⁸²

E' chiaro che il settore dei trasporti e soprattutto quello autostradale debbano contribuire al soddisfacimento dei bisogni, ovvero lo spostamento di persone e merci, ma allo stesso tempo hanno l'onere di non compromettere la qualità della vita per i futuri cittadini. Per tali motivi, l'Italia con il PNRR e i successivi interventi, sta cercando di incentivare una cultura della sostenibilità anche in questo settore.

Allo stesso modo, l'Unione Europea e l'Italia hanno dedicato particolare attenzione al tema della sicurezza autostradale. Infatti, nel 2020, in Italia – anche a causa di *lockdown* dovuti all'emergenza Covid19 – rispetto all'anno precedente, gli incidenti stradali e feriti si

⁶⁸² Agenzia Europea dell'Ambiente, rapporto del 5 marzo 2020.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

sono ridotti di un terzo (rispettivamente -31,3% e -34%), i morti di un quarto (-24,5%), i feriti gravi di un quinto (-20%). In numeri precisi, gli incidenti sono stati 118.298 (in media 324 al giorno, 13,5 ogni ora; erano 172.183 nel 2019), i morti 2.395 (6,5 al giorno, 1 ogni 3 ore ½; 3.173 nel 2019) e i feriti 159.249 (436 al giorno, 18 ogni ora; 241.384 nel 2019), dei quali gravi 14.102 (38,6 al giorno: 17.600 nel 2019). Tra le 2.395 vittime della strada, 1947 (81,29%) sono uomini, 448 donne (18,71%).

La diminuzione di incidenti più consistente si è registrata sulle autostrade (-39,9%), seguite da strade urbane (-31,7%) ed extraurbane (-27,5%). Sempre sulle autostrade, si è registrata la riduzione maggiore (-37,1%) di vittime. Seguono strade extraurbane (-25,7%) e urbane (-20,3%). I costi sociali dell'incidentalità stradale sono risultati pari a 11,6 miliardi di euro (0,7% del Pil), contro i 16,9 miliardi (1% del PIL) del 2019, per una riduzione del 31,4%.⁶⁸³

Tali dati, e di conseguenza, la riduzione degli incidenti è dettata dal periodo di lockdown forzato imposto dal Governo.

Infatti, nel mese di novembre 2021 sono in aumento gli incidenti, i feriti e le vittime mortali rispetto all'omonimo mese dello scorso anno. Secondo i dati della Polizia Stradale nell'undicesimo mese del 2021 sono stati registrati nell'intera rete 2.637 incidenti, contro i 1.344 di novembre 2020, con un aumento di 1.293 sinistri +96,2%. La media della sinistrosità sulla rete è stata di 88 incidenti al giorno. I feriti sono stati complessivamente 1.037 pari a 34 al giorno, con un aumento di 661 ingressi al pronto soccorso +175,8%, rispetto allo scorso anno. In crescita le vittime mortali. Sono state 18, vale a dire 12 in più rispetto alle 6 di novembre 2020, +200%.⁶⁸⁴

Proprio a causa delle predette considerazioni, l'impegno dell'Italia e dell'UE nei prossimi mesi sarà quello di creare una disciplina ambientale e di sicurezza idonea e completa, con l'obiettivo *in primis* di ridurre l'inquinamento, e in secondo luogo di far scendere il numero di incidenti sulle strade italiane.

⁶⁸³ Rapporto ACI-ISTAT sull'incidentalità stradale 2020.

⁶⁸⁴ https://www.asaps.it/74023_gli_incidenti_in_autostrada_nel_mese_di_novembre_2021_aumento_degli_incidenti_9.html



Il (crescente) ruolo di mediazione del Presidente della Repubblica*

di Gian Candido De Martin**

2 maggio 2022

Sommario: 1. Premessa. – 2. La fisarmonica dei poteri presidenziali. – 3. Le trasformazioni del ruolo presidenziale dopo la cd. I Repubblica. – 4. Il Presidente della Repubblica aldilà della Costituzione formale.

Abstract: Nel 1946, l'Assemblea Costituente ha istituito la figura del Capo dello Stato. Il Presidente della Repubblica, mediatore imparziale, svolge essenzialmente funzioni procedurali e arbitrali. Tuttavia, gli sono attribuiti anche interventi di carattere istituzionale, fondamentali sia nella fase di formazione del Governo sia in caso di crisi. A fronte di queste attribuzioni formali, la gestione concreta è ampiamente lasciata all'interpretazione e alle scelte presidenziali, spesso influenzate da vicende imprevedibili ma cruciali per determinare l'azione da intraprendere. In questo contesto, il presente studio offre un'analisi sulla metamorfosi del ruolo del Capo dello Stato, sempre più caratterizzato da funzioni di rappresentanza, supplenza e mediazione.

In 1946, the Constituent Assembly established the figure of the Head of State. The President of the Republic, an impartial mediator, essentially performs procedural and arbitral functions. However, he is also vested with institutional interventions, which are crucial both in the formation of the government and in the event of a crisis. In the face of these formal attributions, concrete management is largely left to presidential interpretation and choices, often influenced by unpredictable but crucial events in determining the action to be taken. Against this backdrop, this study offers an analysis of the metamorphosis of the role of the head of state, which is increasingly characterized by functions of representation, supplication and mediation.

1. Premessa

L'istituzione di vertice della Repubblica, simbolo dell'unità nazionale, è stata disegnata dall'Assemblea costituente eletta il 2 giugno 1946 in modo da non caratterizzare in chiave politica il ruolo del Presidente-Capo dello Stato, essendo a lui attribuite essenzialmente funzioni di garanzia rispetto ai tre poteri costituzionali (legislativo, esecutivo e giudiziario),

* Articolo per "Nuove frontiere della scuola", 2021.

** Professore emerito di Diritto pubblico, LUISS Guido Carli.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

nonché una veste rappresentativa del sistema plurale, costituito dallo Stato e dalle varie autonomie territoriali, regionali e locali, ora elencate nell'art. 114 della Carta fondamentale, entrata in vigore l'1 gennaio 1948. In questo senso è evidente – come emerge chiaramente sia dai lavori costituenti che dalle univoche riflessioni dei primi commentatori della Costituzione – che la principale preoccupazione è stata quella di evitare che il Presidente fosse titolare di specifici poteri di indirizzo politico, stante l'opzione per la forma di governo parlamentare, con il baricentro delle scelte politiche nel Parlamento, le cui decisioni sono determinanti per la vita del Governo, ossia degli organi di vertice dell'esecutivo.

Le dinamiche del confronto politico democratico, alimentato dai partiti politici, coinvolgono in sostanza i due poteri politicamente attivi – Parlamento e Governo – con la formazione di schieramenti di maggioranza e di minoranza, rispetto ai quali il Presidente della Repubblica è in posizione di terzietà, dovendo svolgere essenzialmente funzioni procedurali e arbitrali, pur certo di non trascurabile portata, restando comunque *super partes*. Al Presidente sono, in effetti, attribuiti interventi di carattere istituzionale indispensabili sia nella fase di formazione del Governo sia in caso di crisi, cui si collega anche il potere limite dello scioglimento delle Camere (peraltro inibito negli ultimi sei mesi del suo mandato), ma in tali casi si parla di scelte non di indirizzo politico, bensì di indirizzo costituzionale e di garanzia. Analogamente a quanto avviene per altre attribuzioni significative spettanti al Capo dello Stato, ad esempio in ordine al potere di rinvio (ma non di veto) delle leggi approvate dal Parlamento oppure in caso di messaggi alla Camere, cui si possono aggiungere altri rilevanti compiti presidenziali riguardanti il potere giudiziario, come la presidenza del Consiglio superiore della magistratura e il potere di grazia.

A fronte di queste attribuzioni formali, qui sommariamente richiamate, va tuttavia subito chiarito che – anche per via delle scarse disposizioni costituzionali, che per lo più si limitano ad enunciare i singoli compiti presidenziali, senza una puntuale definizione delle circostanze e condizioni del loro esercizio – le modalità concrete di gestione di questo ruolo (delicato e multiforme) sono lasciate in larga misura al responsabile apprezzamento e alle scelte presidenziali sia in ordine all'*an*, che al *quando* e al *quomodo*, spesso contrassegnate da vicende imprevedibili, ma determinanti nel suggerire un determinato intervento, magari da condurre in modo riservato. Di qui anche la frequente qualificazione di un ruolo presidenziale <a fisarmonica>, che può indurre ad allargare o restringere gli interventi a seconda degli eventi o delle circostanze storiche in cui nasce o si pone un problema. Ovviamente con un innegabile spazio legato all'interpretazione soggettiva e pure alle caratteristiche personali di chi è titolare di questi poteri, che possono consentire spesso dichiarazioni o prese di posizione con effetti significativi sia sul piano nazionale che europeo o internazionale.

Di qui anche le frequenti differenziazioni tra le figure dei dodici Presidenti, che si sono finora succeduti come inquilini (per lo più) per sette anni del palazzo del Quirinale. La pubblicistica, anche assai recente, ha spesso indugiato – in modo più o meno colorito e convincente - a ricostruire i diversi modi in cui i Presidenti hanno interpretato il proprio ruolo, condizionati da caratteri, sensibilità, provenienze, esperienze, propensioni e storie



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

personali (oltre che familiari), che certamente hanno pesato su forme e contenuti degli interventi o non interventi pubblici.

Lasciando comunque sullo sfondo questi ritratti, in questa sede va sottolineato soprattutto un punto, ossia che ai Presidenti – aldilà delle circostanze politiche, spesso imprevedibili, che ne hanno favorito l'elezione, talora con ampie maggioranze addirittura in prima votazione, altre volte con una maggioranza risicata dopo molti tentativi - è richiesta senza dubbio una autonoma e qualificata capacità di giudizio, sia sul versante istituzionale che su quello politico. Il che vuol dire certe competenze tecniche collaudate, unite possibilmente ad un prestigio personale maturato nelle dinamiche della vita democratica, ma anche doti di indipendenza e di equilibrio, con attitudine all'ascolto e alla mediazione, al di fuori di una ricerca di consenso politico, quanto piuttosto in funzione di garanzia di tenuta del sistema. Ciò spiega tra l'altro che – almeno nella maggioranza dei casi – si siano finora individuate personalità già ampiamente sperimentate per ruoli istituzionali in precedenza ricoperti, in cui avevano avuto modo di mostrare concretamente capacità di questo tipo (presidenza di un ramo del Parlamento, responsabilità di determinati dicasteri o al vertice di istituzioni di garanzia, come la Banca d'Italia).

Ciò premesso, si deve in ogni caso subito aggiungere che la fisarmonica dei poteri presidenziali è stata interpretata in modo di frequente assai diversificato dai singoli presidenti, sia in ragione delle diverse situazioni storico-politiche in cui ciascuno si è trovato ad esercitare (si pensi, ad esempio, al periodo del terrorismo o a quello successivo alla caduta del Muro di Berlino o di <mani pulite> o della crisi economico-finanziaria internazionale), sia in rapporto alle propensioni personali ad una maggiore o minore presenza pubblica e opera di mediazione istituzionale, talora con una limitata presenza sui media o, all'opposto, uscendo frequentemente dal Quirinale tra i cittadini o aprendo il Quirinale ai cittadini.

2. La fisarmonica dei poteri presidenziali

A parte queste considerazioni, si deve comunque osservare che la fisarmonica presidenziale si è andata via via ampliando, con una progressiva tendenza dei presidenti – soprattutto a partire dalla presidenza Scalfaro (a parte il biennio conclusivo di Cossiga, ma per altre ragioni) - a moltiplicare interventi pubblici, con prese di posizione, richiami, interviste, spesso in una prospettiva di orientamento o di mediazione rispetto a questioni emergenti. In effetti, nei tre decenni più recenti di vita della Repubblica si può registrare una intensificazione di interventi presidenziali al di fuori di quelli formalmente legati ad attribuzioni costituzionali, con un ruolo attivo crescente di mediazione o di sollecitazione, in rapporto anche alle dinamiche in atto di confronto tra le forze politiche, alle prese con passaggi difficili e tali da richiedere un arbitro imparziale, in grado di agevolare il dialogo o di impedire certe derive.

E naturalmente qui ci si riferisce alle uscite pubbliche, cui si devono sommare probabili ricorrenti iniziative di cui non vi è traccia in documenti o comunicati, ma di cui si è



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

avuta frequente percezione sulla stampa o tra i collaboratori. Un ruolo pubblico o di fatto comunque spesso incisivo e determinante per gli equilibri e il funzionamento del sistema istituzionale e politico. Si pensi, ad esempio, alla successione dei governi di diversa matrice politica dalla XII alla XVI legislatura, con il ricorso anche a governi cd. tecnici; o ai penetranti interventi, talora addirittura preventivi, su alcune delicate scelte legislative a rischio di conflitti di interesse o a questioni riguardanti i rapporti con l'Europa e la difesa dell'euro; o la leale collaborazione tra Stato e Regioni, richiamando valore e limiti delle autonomie, nonché l'esigenza di cooperazione con il collante dell'unità nazionale, a maggior ragione in tempo di pandemia; o ai nodi complessi concernenti la giustizia malata e le divisioni interne alla magistratura, da ultimo con espliciti appelli per interventi rapidi e condivisi; cui si potrebbero aggiungere le parole forti sui rischi legati alle collusioni con le mafie o il terrorismo (o il terrorismo mafioso), che hanno indotto anche di recente a puntuali e forti richiami presidenziali.

Quali le ragioni di questa espansione di un'attività presidenziale di stimolo o mediazione e talora anche di supplenza, a parte le specifiche propensioni personali di ciascun Presidente a darne un risalto pubblico, da ultimo utilizzando efficacemente anche i social, strumenti inediti nella comunicazione istituzionale del Quirinale? Senza ovviamente qui soffermarsi sui non marginali profili e problemi tecnici, si possono accennare rapide considerazioni su alcuni fattori che verosimilmente spiegano per molti versi questo cambio di passo nell'esercizio delle funzioni presidenziali, in cui emerge un ruolo di cerniera, oltre che di garanzia, specie in situazioni di crisi interne al sistema.

3. Le trasformazioni del ruolo presidenziale dopo la cd. I Repubblica

In primo luogo, si può sottolineare un elemento che certamente ha pesato molto su questa accentuazione interventista e arbitraria dei Presidenti della Repubblica in carica nei decenni più recenti, ossia la crescente situazione di instabilità che si è determinata tra le forze politiche dopo il 1989 e la caduta degli equilibri politico-istituzionali prevalenti nel mondo occidentale del secondo dopoguerra. Di qui tra l'altro le premesse nel nostro Paese per profonde trasformazioni dei sistemi elettorali e di rappresentanza, visto che si è ben presto abbandonata la logica proporzionalista in vigore nei decenni precedenti nella cd. I Repubblica con l'adozione di modelli di stampo prevalentemente maggioritario. Ciò ha portato tra l'altro alla rottura di quell'equilibrio nella vita istituzionale che, pur tra non poche tensioni, si era consolidato nelle dinamiche democratiche italiane per via del ruolo determinante dei partiti politici nelle principali scelte legislative e di governo ("la Repubblica dei partiti" nella definizione di Pietro Scoppola).

La spinta verso il maggioritario e una logica bipolare nel confronto politico – cui si è sommata anche una nuova dinamica della comunicazione politica, legata alle nuove tecnologie - ha concorso certamente ad indebolire ulteriormente il ruolo dei partiti come centri stabili di partecipazione attiva e di elaborazione politica democratica, secondo il



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

modello prefigurato nell'art. 49 della Costituzione, facendo ben presto subentrare impostazioni leaderistiche, spesso con partiti personali organizzati per lo più in mere macchine elettorali al servizio dei leader emergenti. Se a queste trasformazioni si aggiungono le frequenti derive populistiche, che finiscono per radicalizzare il confronto politico, si comprende facilmente il venir meno delle capacità di mediazione politica svolto dai partiti sia al proprio interno che nel rapporto con le altre formazioni coinvolte in coalizioni di governo.

Di qui il coinvolgimento, tendenzialmente continuativo, nella funzione di mediazione, in certo modo fisiologica nella vita democratica, di un organo esterno ai partiti e alle logiche "di parte", come il Presidente della Repubblica. Il quale ha quindi assunto nella forma di governo parlamentare un ruolo che non è certo solo quello pensato in Costituente e prefigurato in Costituzione nelle fasi di formazione o di crisi di governo, ma che si esplica in una supplenza ricorrente nei confronti del Parlamento e delle forze politiche, spesso anche di quelle che – per prevalenti obiettivi elettoralistici - hanno difficoltà di coesistenza nella maggioranza che pure hanno contribuito a formare.

In altre parole, può dirsi che la perdita di capacità di elaborazione (lungimirante) dei partiti politici e delle coalizioni di governo per via delle crescenti contrapposizioni e verticalizzazioni dei partiti personali, spesso populistici, alla ricerca di un consenso politico immediato – alle prese con tensioni permanenti, spesso esasperate dai media -, ha finito per sollecitare sempre più i presidenti, in quanto unica espressione di un potere di vertice *super partes*, a svolgere un ruolo di arbitraggio e di persuasione, oltre che di garanzia, sia per evitare crisi irreversibili che per stimolare gli organi competenti ad esercitare al meglio le proprie funzioni.

E si può aggiungere che, paradossalmente, questa esigenza si va manifestando anche a fronte di governi di larghe intese, che di per sé dovrebbero assicurare una maggiore stabilità dell'equilibrio politico, ma sono spesso poco in grado di mediare efficacemente al proprio interno tra le diverse forze politiche coinvolte. Emerge qui, una volta di più, quel ruolo di cerniera cui si è già fatto cenno, che caratterizza sempre più la figura del Presidente della Repubblica, personalità pubblica con un orizzonte istituzionale a 360°, che dovrebbe assicurare una peculiare capacità di tenuta, fondata su solidità di riferimenti culturali e valoriali, oltre che tecnici, da gestire in autonomia e spesso con discrezione.

4. Il Presidente della Repubblica aldilà della Costituzione formale

D'altra parte, in questa prospettiva di una Costituzione materiale che si distanzia non poco da quella formale, si possono sottolineare altre tendenze che si vanno consolidando nell'esercizio concreto da parte dell'inquilino del Quirinale di un ruolo di rappresentanza complessiva del sistema politico e sociale plurale. Si pensi, tra l'altro, alle svariate circostanze in cui il Presidente provvede a riconoscere pubblicamente - magari con significative ma semplici cerimonie nel palazzo simbolo dell'unità nazionale – particolari



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

meriti acquisiti da cittadini nei vari campi della vita culturale, sociale e sportiva, con una attenzione e incentivi particolari ai giovani che hanno dimostrato altruismo o civismo esemplare. Oppure si pensi alla voce autorevole del Presidente, che sottolinea circostanze fauste di rilievo nazionale o, al contrario, interpreta sentimenti di condivisione a fronte di eventi luttuosi o di condanna di fatti criminali, cercando al tempo stesso quando possibile motivi di speranza per il bene comune. Uno spazio in cui emerge anche la sensibilità presidenziale per i diritti delle persone e per le esigenze di solidarietà nei confronti di chi ha più bisogno, con lezioni di fatto di educazione civica, non a caso ripagate dal largo consenso della cittadinanza nei confronti di chi impersona la forza del volto discreto – ma effettivamente e costantemente presente – della Repubblica.

Guardando al futuro, ci si può chiedere se questo ruolo ultimamente così pervasivo di rappresentanza, supplenza e mediazione da parte del Presidente debba avere un qualche riconoscimento e fondamento formale nella Costituzione, in modo da ridurre la distanza tra essere e dover essere. In realtà va in proposito osservato che non è agevole – e forse neppure opportuno – prefigurare queste funzioni, talora esercitate a fisarmonica proprio perché condizionate dalle mutevoli dinamiche in essere nella vita democratica. Anzi è in certo modo preferibile che, almeno entro dati limiti, l'ordinamento lasci margini di elasticità nella interpretazione del proprio ruolo, specie allorché si tratta di organi cerniera o di chiusura del sistema, in grado di intervenire proprio a fronte di situazioni di instabilità che non possono essere puntualmente prefigurate in fattispecie normative. Ciò non significa tuttavia che non si possa, tra l'altro, intervenire sulle regole della forma di governo parlamentare con qualche razionalizzazione volta a ridurre, magari anche radicalmente, ricorrenti situazioni di instabilità, come ad esempio prevedendo la sfiducia costruttiva, utilmente sperimentata nel sistema tedesco.

Comunque, un margine (non regolato) di supplenza e mediazione presidenziale, accanto alle funzioni di garanzia, appare indispensabile, lasciando al Presidente il compito di valutare responsabilmente le circostanze in cui esercitarlo. Il che vuol dire peraltro che è sempre più essenziale eleggere presidenti che abbiano un profilo di esperienza e di attitudini adeguato a interpretare in modo alto questo ruolo, calibrando le modalità degli interventi – formali o non formali – da porre in essere. Una conclusione su cui ovviamente riflettere pensando alla imminente scadenza del Presidente in carica e alla scelta del suo successore.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Il problema della fiducia nelle istituzioni rappresentative

di Marco Macchia*

16 maggio 2022

Sommario: 1. Prologo. – 2. Il mandato parlamentare, la fiducia negli eletti e l'instabilità politica. – 3. Le leggi provvedimento e l'affidabilità del legislatore. – 4. Epilogo.

Abstract: L'attuale dibattito pubblico è attraversato da una polarizzazione che genera un dibattito particolarmente acceso tra la crisi della democrazia e l'emergere del populismo sovranista. Questi due fenomeni sono strettamente legati, al punto che la diffusione delle istanze populistiche è spesso ritenuta responsabile della decadenza della democrazia stessa. La crisi della democrazia coincide con la crisi del modello rappresentativo e delle istituzioni rappresentative. Da tale assunto, il presente elaborato riflette sul problema della fiducia negli eletti, analizzando l'insuccesso della democrazia rappresentativa nel raggiungere l'ambizioso obiettivo di costruire istituzioni capaci di garantire un buon governo efficace.

The current public debate is shot through with a polarization that generates a particularly heated debate between the crisis of democracy and the emergence of sovereignist populism. These two phenomena are closely linked, to the point that the spread of populist instances is often held responsible for the decadence of democracy itself. The crisis of democracy coincides with the crisis of the representative model and representative institutions. From this assumption, this paper reflects on the problem of trust in elected officials, analyzing the failure of representative democracy to achieve the ambitious goal of building institutions capable of ensuring effective good governance.

1. Prologo

Il diritto pubblico attuale è attraversato da una polarizzazione che rende il dibattito incandescente tra due terminali: la crisi della democrazia e l'avvento del populismo sovranista. Quanto alla prima, sembra assistersi da tempo a tendenze che portano i cittadini a porre in dubbio valori democratici finora promossi a gran voce verso un modello maggiormente plebiscitario e decisionale nel breve periodo. Quanto al populismo, non c'è dubbio che le recenti evoluzioni politiche nel continente europeo, il dibattito sullo Stato di diritto, la Brexit e la guerra tra Russia e Ucraina mettono in luce l'emergere di una nuova classe politica connotata da azioni radicali su temi complessi come la giustizia o

* Associato di Diritto amministrativo, Università Tor Vergata di Roma.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

l'immigrazione, nonché lo scontro fra concezione "politica" e concezione "giuridica" del costituzionalismo intrecciato con i guasti della polarizzazione. Quantomeno si può affermare che questi eventi hanno funzionato da detonatori portando allo scoperto tensioni già presenti da molto tempo.

La crisi della democrazia è, innanzitutto, crisi del modello rappresentativo, tanto che è divenuto ormai un luogo comune affermare la decadenza delle istituzioni elettive. Crisi della democrazia e populismo sono tra loro strettamente legati e circolari, al punto che di detta decadenza è ritenuta responsabile la parallela diffusione delle istanze populistiche. Eppure, poco più di un decennio fa il Trattato di Lisbona ribadiva a chiare lettere, con l'art. 10 TUE, che «il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa». Si tratta di una previsione fondamentale di indirizzo per la costruzione del processo democratico europeo, ma merita di essere concretizzata spostandosi dal piano dei principi al piano dell'effettività.

Nel concreto è evidente come questa tematica possa essere affrontata sotto diverse angolazioni oppure – come dire – con diversi arnesi o metodologie di studio. Per prima cosa con la cassetta degli attrezzi del politologo che tende a mostrare, negli studi di matrice antidemocratica, i fallimenti della democrazia rappresentativa allorquando «la maggior parte dell'elettorato è affetto da *bias* cognitivi che lo portano a deviare sistematicamente da scelte razionali: basti pensare ai costi del terrorismo per gli Stati Uniti (3.500 persone morte negli ultimi 50 anni e 30 miliardi di dollari), comparati a quelli della guerra al terrorismo (8 mila morti, senza calcolare i circa 100-200 mila civili innocenti stranieri e una spesa oscillante tra 3 e 4 trilioni di dollari)»⁶⁸⁵. Ne discende, secondo Jason Brennan⁶⁸⁶, che tali inconvenienti dovrebbero indurre a proporre di distribuire il potere politico in proporzione alla conoscenza o competenza. Da qui l'opzione per una differente soluzione, come l'epistocrazia, ossia il governo di coloro che conoscono, dei competenti, che dovrebbe condurre a migliori decisioni, più giustizia, più prosperità.

Non si tratta di un orientamento particolarmente innovativo. Basti pensare che John Stuart Mill, nel 1861, ha scritto nelle *Considerazioni sul governo rappresentativo* che «nulla è più auspicabile dell'ammissione di tutti ad avere parte attiva al potere sovrano dello stato. Ma poiché in una comunità che ecceda le dimensioni del piccolo centro urbano è impossibile che tutti partecipino in prima persona se non in misura assai ridotta all'attività pubblica, ne consegue che il modello ideale del governo perfetto deve essere rappresentativo»⁶⁸⁷. Tuttavia, gli uomini e le donne delle classi lavoratrici non sembrano pronti, né sufficientemente istruiti per l'esercizio della democrazia. Contestualmente va temuta la tirannia di una maggioranza mal informata e affetta da pregiudizi. Per questa ragione, «la direzione effettiva della cosa pubblica deve essere affidata ad un élite non eletta un piccolo

⁶⁸⁵ S. CASSESE, *Prefazione*, in J. BRENNAN, *Contro la democrazia*, Roma, Luiss University Press, 2018, 11.

⁶⁸⁶ *Contro la democrazia*, cit., 2018.

⁶⁸⁷ J.S. MILL, *Considerazioni sul governo rappresentativo* (1861), a cura di P. Crespi, Milano, Bompiani, 1946, 68.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

numero di uomini eminenti; sperimentati, preparati da una educazione e da una esperienza particolare, personalmente responsabili di fronte alla nazione»⁶⁸⁸.

L'esame di questi problemi può essere fronteggiato, inoltre, con gli attrezzi del costituzionalista allo scopo di offrire riflessioni sull'evoluzione dei partiti – che sono stati fino a pochi anni fa un baluardo rispetto alle evoluzioni della democrazia rappresentativa, nata come forma epistocratica e tale rimasta fino al periodo del suffragio parziale – e dei rapporti politici, sul ruolo assunto dalle leggi elettorali, sui rapporti tra sovranismo e spinte federaliste di matrice europea, sulle relazioni tra la popolazione e l'*élite*. Ampliando lo spettro d'indagine, sono altresì utilissimi gli approfondimenti sulla innovazione digitale e la tecnologia rispetto all'attività parlamentare diretti a dare contenuto al concetto di *e-democracy*, intesa come una modalità di espansione e rafforzamento dei confini della democrazia rappresentativa. Si pensi alla risoluzione del Parlamento europeo del 16 marzo 2017 in cui viene affermata la necessaria capacità della democrazia di conformarsi ai cambiamenti e alle opportunità offerte dalla tecnologia per favorire lo sviluppo della democrazia digitale.

Oppure ancora, la crisi delle istituzioni democratiche può essere indagata ricorrendo alla cassetta degli attrezzi dell'amministrativista, che tra le sue corde ha il pregio di aver ben presente due essenziali punti di avvio della discussione. Il primo è il riconoscimento che i poteri pubblici non sono tutti egualmente democratici, perché non tutto il potere è affidato a istituzioni democratico-elettive. Esso è ripartito ed in larga misura messo nelle mani di competenti, quali sono i funzionari amministrativi e i giudici. D'altronde, una delle caratteristiche dello Stato costituzionale di diritto è proprio il controllo giurisdizionale dei poteri elettivi. Ed è innegabile la natura *counter-majoritarian* del *judicial review* di marca costituzionale. Il secondo punto di avvio sta nella constatazione che la democrazia è un valore di sintesi per cui occorre prestare attenzione al pluralismo, alle modalità di distribuzione dell'esercizio della sovranità e del potere tra organismi diversi dello Stato, ai meccanismi di trasparenza e di *accountability*, nonché agli ampi spazi nei quali operano organismi i cui meccanismi di selezione sono meritocratici, organismi che possono giungere a controllare l'attività delle istituzioni elettive.

Non si intende in questa sede minimamente offrire una sistematizzazione organica di questo vasto tema, bensì si vorrebbe solo fornire qualche spunto per alimentare il campo della discussione, procedendo alla mappatura di alcuni problemi, che conduca ad un'impostazione utile per rivolgere questi ultimi verso possibili conclusioni⁶⁸⁹. Si intende, insomma, offrire un "microscopio" per esaminare nei fatti, muovendo da singoli frammenti, il funzionamento della democrazia rappresentativa e i meccanismi da cui è governata, il che rischia di condurre verso una significativa ridefinizione della portata e dei limiti delle

⁶⁸⁸ J.S. MILL, *Considerazioni sul governo rappresentativo*, cit., 100, citato altresì da P. GINSBORG, *La democrazia che non c'è*, Torino, Einaudi, 2006, 9.

⁶⁸⁹ Per un approfondimento di questi temi si rinvia a M. MACCHIA, *Amministrare la democrazia. Parlamento ed equilibrio dei poteri ai tempi delle crisi*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

garanzie costituzionali di autonomia e indipendenza delle istituzioni elettive.

Il punto di partenza va collocato nel declino della collocazione del Parlamento quale punto di raccordo e di snodo, nonché centro dei mutamenti di forme della democrazia parlamentare distillate in una mappa di relazioni con gli altri poteri dello Stato⁶⁹⁰. Nel nostro ordinamento, difatti, «l'assemblea svolge la sua funzione istituzionale di equilibrio. In ogni "Stato parlamentare" è essenziale questa funzione dell'assemblea: l'equilibrio dell'ordinamento non è infatti permanente, fatto di belle statue, ma dinamico, come il corpo sociale che l'ha originariamente costituito»⁶⁹¹.

2. Il mandato parlamentare, la fiducia negli eletti e l'instabilità politica

La mitologia della formazione della legge attraverso la libera discussione e il libero convincimento dei parlamentari non solo non aiuta la piena comprensione della realtà storica, ma contiene in sé una prospettiva deformante. Negli ordinamenti moderni non vi è rappresentanza in senso proprio: il "mandato" è indeterminabile e i mandanti sono in numero elevato, con il voto non si può ingiungere o suggerire agli eletti, né si può poi accertare che questi facciano quello che hanno promesso agli elettori, l'eletto è raramente conosciuto dal votante, né il votato conosce i votanti, il rappresentante non agisce in nome e per conto del rappresentato, né imputa ad esso gli effetti della propria azione, perché l'eletto è autonomo rispetto ai votanti»⁶⁹².

Come si mette in relazione la funzione intestata al parlamentare con il voto del cittadino elettore che lo ha designato a quella carica? Può essere «privatizzata» la rappresentanza politica al punto da riconoscere che il parlamentare può disporre del suo *status* e acconsentire di sottostare a sanzioni in caso di inottemperanza alle indicazioni ricevute? Può essere accettato, per evitare il pericolo del trasformismo, che venga «contrattualizzato» l'indirizzo politico in modo che il titolare dell'ufficio parlamentare si autoregolamenti aderendo volontariamente e condividendo tale orientamento, arrivando a funzionalizzare la propria libertà di mandato politico?

Finora la risposta a tali interrogativi è stata prevalentemente negativa. Tradizionalmente lo *status* parlamentare non corrisponde ad una situazione giuridica soggettiva dei membri delle Camere di cui questi ultimi possono disporre liberamente. Al contrario, le prerogative, di cui lo *status* è parte, servono a proteggere la funzione del

⁶⁹⁰ M.S. GIANNINI, *Lo Stato democratico repubblicano* (1946), in ID., *Per uno Stato democratico-repubblicano*, Roma, Ed. di storia e letteratura, 2016, 16. Sul recente ruolo parlamentare, M. LUCIANI, *Il Parlamento degli anni Novanta*, in *Storia d'Italia*, Annali 17 Il Parlamento, a cura di L. VIOLANTE, Torino, Einaudi, 2001, 419 ss.

⁶⁹¹ A. MANZELLA, *Elogio dell'assemblea, tuttavia*, Modena, Mucchi, 2020, 33.

⁶⁹² S. CASSESE, *Il popolo e i suoi rappresentanti*, Roma, Ed. di storia e letteratura, 2016, 6-7. Sulla funzione rappresentativa dell'istituzione parlamentare, A. BARBERA, *I parlamenti*, Roma-Bari, Laterza, 1999, 66; A. MASTROPAOLO, L. VERZICHELLI, *Il parlamento. Le Assemblee legislative contemporanee*, Roma-Bari, Laterza, 2006, 22.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Parlamento a cui si assolve in quanto componenti dell'organo, nonché la sua indipendenza rispetto agli altri organi dello Stato. E l'art. 67 Cost., stabilendo con stile asciutto che «ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato», sancisce chiaramente che il rapporto dei parlamentari con gli elettori è totalmente diverso dalla rappresentanza di diritto privato, giacché il primo consiste in una investitura che non dà vita ad alcuna relazione stabile tra rappresentante e rappresentato, mentre nella rappresentanza privatistica «fra rappresentato e rappresentante intercorre un rapporto fiduciario, in virtù del quale il primo può revocare il secondo in caso di inosservanza delle istruzioni o del mandato a trattare un certo affare»⁶⁹³.

La rappresentanza politica riflette un collegamento tra gruppi ed enti esponenziali dei gruppi che esula dalla sfera privatistica. In sostanza, tale tipologia di rappresentanza integra «una struttura organizzativa» in cui «il gruppo, organizzato in corpo eligente, conferisce taluni uffici dell'ente esponenziale mediante elezione» e «il rappresentante non imputa né effetti né fattispecie ai rappresentati»⁶⁹⁴.

Fermo ciò, il tema del tradimento del mandato appare di stringente attualità nella relazione tra elettore ed eletto, data la difficoltà a volte di correlare la funzione intestata al parlamentare con il voto elettorale, ove si intenda contrastare la crescente recessione della democrazia rappresentativa.

L'accentuazione della frammentazione politica, anche all'interno di aree omogenee, e la sussistenza di tre o più poli non sono altro che circostanze volte ad incentivare i «cambi di casacca» e i passaggi da uno schieramento ad un altro. Il che dà potere ai singoli parlamentari di negoziare, contrattare, far cadere o salvare i governi. L'instabilità politica, unita all'assenza di vincolo di mandato, assegna ai parlamentari la facoltà di decidere o quantomeno di mutare le sorti dei governi. Permette di negoziare e autorizza i parlamentari ad invadere il campo amministrativo e governativo, fuoriuscendo dal sentiero della

⁶⁹³ C. PINELLI, *Diritto pubblico*, Bologna, il Mulino, 2018, 209. Nota N.W. BARBER, *The Principles of Constitutionalism*, Oxford, 2018, 159, che «three groups of reasons – the superior decision-making capacity of representatives, the need for compromise, and the potential for genuine shifts in belief as a result of deliberation – entail that the decisions of representatives will not always track the wishes of their constituents, and will, sometimes, require a departure from their manifesto promises. Tying representatives in these ways would entail that they would sometimes be required to make decisions they knew to be suboptimal; they would have the chance to make a better decision, but would be compelled to pass up that chance because of the constraint».

⁶⁹⁴ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, 279. Come sottolineato da L. CIAURRO e D. NOCILLA, *Rappresentanza politica*, in *Enc. dir.*, XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, *ad vocem*, «"Politica" potrebbe essere la rappresentanza solo ed esclusivamente perché non giuridica, oppure perché la sostituzione del rappresentato con il rappresentante attiene al compimento di attività cosiddetta politica. Ed ancora: la rappresentanza sembrerebbe potersi designare «politica», in quanto il rappresentante, nel vasto campo degli interessi facenti capo al rappresentato, sarebbe chiamato a curare quelli cosiddetti politici – salvo poi a dover specificare cosa debba intendersi per "interessi politici" – oppure per il fatto che l'ambito, in cui dovrebbe svolgersi l'attività del rappresentante, è assolutamente indeterminabile a priori, o, da ultimo, perché generici sono i fini cui è diretta l'attività rappresentativa».



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

legislazione.

Le tendenze trasformistiche sono possibili perché la Carta costituzionale garantisce la piena indipendenza dei membri del Parlamento da istruzioni, visioni politiche o in genere qualunque influenza esterna. Secondo l'art. 67 tutti i parlamentari rappresentano la Nazione ed esercitano le funzioni senza vincolo di mandato. Due sono gli enunciati normativi di questa disposizione. Il principio della rappresentanza nazionale e il cosiddetto divieto di mandato imperativo. La regola che ne scaturisce è di chiara impronta liberale. I deputati non sono portatori di interessi settoriali, ma rappresentano la nazione intera e gli interessi generali. Il mandato imperativo prende forma così in mandato rappresentativo⁶⁹⁵. I due enunciati normativi sono corollari del medesimo teorema, con il quale si accoglie all'interno dell'ordinamento la concezione liberale dell'assenza del vincolo di mandato.

Non è casuale il binomio costituito dal richiamo alla nazione e dall'assenza di vincolo di mandato⁶⁹⁶. Entrambi questi elementi si riscontrano, infatti, nella concezione elaborata da Montesquieu, a parere del quale agli eletti deve essere lasciata «libertà di determinazione nella condotta degli affari dello stato, senza alcun vincolo con gli elettori, nell'opinione che altrimenti sarebbe stata turbata la visione obiettiva degli interessi generali quali si appuntavano solo nella nazione»⁶⁹⁷. I parlamentari devono determinarsi in modo autonomo e operare politicamente all'interno della medesima entità collettiva nazionale, accomunati da valori, ideali, legami e tradizioni comuni.

Eppure nel sistema odierno è evidente che i parlamentari vantano un duplice legame: da una parte, con il partito a cui appartengono, da un'altra, con il corpo elettorale che li ha eletti. I partiti, in quanto organi intermedi, sono uno strumento per garantire un dialogo fra gli eletti e i cittadini, sono un canale della democrazia, pur contando altresì rispetto a tale obiettivo la partecipazione dei cittadini, l'organizzazione interna dei partiti stessi e i sistemi elettorali. Come indicato nell'art. 49 Cost., tutti i cittadini hanno diritto di associarsi

⁶⁹⁵ L. COMPAGNA, *Dal mandato imperativo al mandato rappresentativo nella Costituzione francese del 1791*, in *Assemblee di Stati e istituzioni rappresentative nella storia del pensiero politico moderno (secoli XV-XX)*, Rimini, Maggioli, 1983, 421 ss. Sulla genesi e l'evoluzione del concetto di rappresentanza, quale architrave dei moderni sistemi democratici, H. HOFMANN, *Rappresentanza-rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento* (1974), Milano, 2007. Sulla relazione tra rappresentanza politica e libertà di mandato, S. CURRERI, *Democrazia e rappresentanza politica*, I, Firenze, Firenze University Press, 2004, 37 ss.; P.L. ZAMPETTI, *Dallo stato liberale allo Stato dei partiti. La rappresentanza politica*, Milano, Giuffrè, 1994, 89 ss. Sul piano comparato, R. SCARCIGLIA, *Il divieto di mandato imperativo. Contributo a uno studio di diritto comparato*, Padova, CEDAM, 2005, 77 ss.

⁶⁹⁶ Sottolinea C. MARTINELLI, *Libero mandato e rappresentanza nazionale come fondamenti della modernità costituzionale*, in *Federalismi.it*, 13 giugno 2018, come «il rapporto tra libero mandato e rappresentanza nazionale è un insostituibile spartiacque della modernità costituzionale e pertanto risulta evidente come l'eventuale introduzione di limiti costituzionali all'esercizio del libero mandato parlamentare metterebbe in discussione anche il principio della rappresentanza nazionale».

⁶⁹⁷ Si tratta di una citazione tratta da C. MORTATI, commento sub art. 67, in *Le Camere*, II, Commentario della Costituzione, a cura di G. Branca, Bologna, Zanichelli, 1986, 180. Sul tema, A. MARONGIU, *Parlamento (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, Giuffrè, 1981, *ad vocem*.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale.

L'osservanza della disciplina di partito limita l'autonomia del singolo, sebbene il membro della Camera sia libero di sottrarsi a tale disciplina, pena anche l'espulsione dal partito che ha contribuito a designarlo, senza alcun pregiudizio effettivo per i suoi poteri. In altre parole, l'esercizio del mandato parlamentare canalizzato dal partito e l'obbligo di iscrizione al gruppo vengono ad indebolire di fatto la libertà di espressione politica e la portata stessa dell'art. 67 Cost.⁶⁹⁸, cionondimeno «tutte le Costituzioni contemporanee hanno conservato questo principio proprio perché coesistente alle dinamiche costituzionali e perché la sua negazione comporterebbe il ritorno a forme di rappresentanza premoderna di matrice feudale»⁶⁹⁹.

Per questa ragione, si potrebbe affermare che il precetto costituzionale non sia volto a tutelare l'espressione della libertà del parlamentare e la sua indipendenza, ma serva solo ad evitare che quest'ultima possa essere costretta eccessivamente, dal momento che ci sono all'opposto regimi politici in cui sono consentiti interventi di revoca dei membri dell'assemblea prima della fine del mandato. L'art. 67 rappresenterebbe, insomma, un argine all'approvazione di una modifica costituzionale di tale tenore, nel presupposto che è compito di un ordinamento liberale tutelare la sovranità del parlamento e non tollerare interventi volti a comprimere eccessivamente l'operato del medesimo.

In altre parole, l'art. 67 Cost. viene in soccorso nel momento-limite in cui il partito intenda trasformarsi in *dominus* del mandato del parlamentare, perché il principio di rappresentanza non può subire distorsioni eccessive e irragionevoli⁷⁰⁰. Il partito o i suoi *leader* non possono decidere alcun tipo di decadenza, poiché ciò rappresenterebbe una violazione particolarmente grave del principio democratico all'interno del partito.

È evidente, tuttavia, come si registri una tensione tra opposte tendenze di cui è difficile trovare una sintesi. Per un verso, l'endemica attitudine italiana a ricorrere al trasformismo per supportare la tenuta di una squadra di governo, che rompe il patto con gli elettori e viene inesorabilmente a mutare il quadro politico. Il mutamento di casacca contraddice lo scopo del congegno elettorale che tende a riflettere la distribuzione delle forze politiche nel Paese.

Per un altro, la previsione di principi e norme che evitino la creazione di un legame indissolubile tra eletto e partito, per scongiurare un modello padronale in cui quest'ultimo possa disporre a piacimento del mandato parlamentare fino ad arrivare alla decadenza. Un pericolo di questo tenore è accentuato altresì dall'assenza di meccanismi democratici

⁶⁹⁸ La libertà di espressione va annoverata, per giunta, tra i valori costituzionali comuni agli ordinamenti europei, il che produce un effetto: «the common constitutional traditions have the “virtue of transforming” or “Europeanizing” the different national concepts of the meaning of fundamental rights», così in S. CASSESE, *The «Constitutional Traditions Common to the Member States» of the European Union*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 939 ss.

⁶⁹⁹ C. MARTINELLI, *Libero mandato e rappresentanza nazionale come fondamenti della modernità costituzionale*, cit.

⁷⁰⁰ Corte cost., 13 gennaio 2014, n. 1.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

all'interno dei partiti, dal loro mancato riconoscimento costituzionale, e dal difetto di strumenti di controllo volti ad assicurare garanzie sostanziali e procedurali agli iscritti.

Come smorzare la tendenza al trasformismo pur conservando integro il principio liberale dell'autonomia del mandato parlamentare? Nel nostro ordinamento le soluzioni possono essere inquadrare in due differenti tipologie: i correttivi di tipo contrattuale e quelli di stampo istituzionale. Con i primi si fa riferimento a contratti in grado di auto-vincolare lo spazio decisionale del parlamentare. Con i secondi l'attenzione si sposta sul ruolo istituzionale dei gruppi all'interno dell'assemblea parlamentare e sulla disciplina ad essi riservata dai regolamenti.

Il correttivo di carattere privatistico funziona chiedendo ai parlamentari di aderire ad un accordo contrattuale relativo allo svolgimento del mandato, nel quale tra le altre cose viene ad essere sanzionato l'eventuale tradimento del mandato elettorale. In particolare, con la richiesta di ingresso nel gruppo si accondiscende alle regole contenute nello statuto del gruppo stesso, in base alle quali possono essere previste sanzioni in caso di inadempimento alle funzioni del parlamentare o multe nelle ipotesi di cambio volontario di gruppo o di espulsione.

Sebbene i gruppi svolgano una funzione pubblica, operino all'interno delle Camere, siano chiamati a sottostare ai regolamenti parlamentari ovvero a contribuire al funzionamento dell'Ufficio e del Consiglio di Presidenza, ciò non ne muta la natura giuridica e non implica la natura pubblicistica di tali associazioni. I gruppi non fanno parte delle Camere «in virtù di un rapporto di immedesimazione organica, perché non curano gli interessi dell'istituzione, ma curano i propri (che possono essere anche in conflitto con quelli delle Assemblee); non possono cioè essere considerati organi delle Camere, se non con significato atecnico»⁷⁰¹.

In questo quadro, l'adesione allo statuto del gruppo ha natura privatistica, eppure condiziona i principi che governano lo *status* di parlamentare, imponendo ai singoli regole che incidono sullo svolgimento della funzione intestata con il voto del cittadino elettore. Chi scrive ritiene che un tal approdo non sia costituzionalmente appropriato, proprio perché non può essere «privatizzata» la rappresentanza politica. Il parlamentare non dispone del suo *status* e non è legittimato ad accettare di sottostare a sanzioni in caso di inottemperanza alle indicazioni ricevute. Ciascun membro eletto è in grado di esercitare la propria funzione unicamente ove sia pienamente garantito nell'esercizio dei diritti di libertà individuali (parola, critica, segretezza della comunicazione personale, riunione, associazione ecc.).

Proprio il divieto di mandato imperativo impedisce di imporre vincoli in capo al

⁷⁰¹ P. MARSOCCI, *Lo status dei parlamentari osservato con la lente della disciplina interna dei gruppi. Gli argini (necessari) a difesa dell'art. 67*, in *Federalismi.it*, 13 giugno 2018, in cui si chiarisce che «la presenza dei controlli sull'uso del finanziamento erogato dalle Camere non basta a farli considerare neanche enti pubblici. In quanto associazioni, si applica il codice civile (artt. 36, 37 e 38). Il fatto che siano attori fondamentali del diritto parlamentare e sottoposti ai Regolamenti parlamentari e soggetti agli organi chiamati ad applicarli (in particolare l'Ufficio o il Consiglio di Presidenza), non ne muta la natura giuridica».



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

singolo parlamentare, per effetto di determinazioni assunte dalla propria forza politica di appartenenza, così come nega cittadinanza all'automatica decadenza dalla carica per il parlamentare che per differenti visioni con la formazione politica di appartenenza abbandoni il proprio gruppo. Quali associazioni, i gruppi possono decidere le regole che fissano i motivi di allontanamento di un proprio associato, il che consente in caso a quest'ultimo di adire di conseguenza il giudice civile, ma senza che ciò possa dare luogo ad alcuna conseguenza giuridica sullo *status* di eletto⁷⁰². E il giudice civile potrebbe dichiarare la nullità di norme statutarie difformi valorizzando il «metodo democratico (inteso come precetto di democrazia interna ai partiti)», che è «in grado di approntare una tutela effettiva agli iscritti e di consolidarsi su indirizzi interpretativi costanti e coerenti, almeno davanti a violazioni particolarmente gravi del principio democratico all'interno del partito»; d'altra parte, «le disposizioni del codice non sono pensate per realtà come i partiti politici. Già nel 1948 Calamandrei rilevava che, in materia di partiti e sindacati, il ricorso ai «vecchi schemi» del codice civile risulta «una f[i]nzione giuridica che più non corrisponde alla realtà sociale»⁷⁰³.

Così come in base alla disciplina costituzionale ciascun componente delle Camere è libero di richiedere l'adesione ad un gruppo già costituito, allo stesso modo lo stesso è ugualmente libero di uscirne senza che ne possano discendere obblighi rispetto al mandato parlamentare ovvero oneri economici vincolanti, come il versamento di contributi o la restituzione di somme di denaro a qualunque titolo percepite, ciò affinché sia garantita armonia tra i principi costituzionali e l'espletamento delle funzioni parlamentari⁷⁰⁴. Il che giuridicamente rende inesigibile il credito in questo modo vantato.

In questo quadro, il divieto di mandato imperativo garantendo l'espletamento libero e autonomo della funzione parlamentare opera come limite alla previsione di sanzioni in capo al parlamentare per inosservanza alle direttive del gruppo. Limite che a sua volta è anche motivo di nullità civilistica dei contratti tra privati ove vi siano clausole inerenti sanzioni pecuniarie in caso di conflitto con il gruppo o con il partito ovvero addirittura imposizioni di

⁷⁰² Secondo l'insegnamento di L. PALADIN, *Il problema della rappresentanza nello Stato fascista*, in *Studi in memoria di C. Esposito*, I, Padova, CEDAM, 1972, 853 ss.

⁷⁰³ E. CATERINA, *Le espulsioni dal Movimento 5 stelle davanti al giudice civile*, in *Quad. cost.*, 2016, 796.

⁷⁰⁴ All'opposto il *recall* di matrice anglosassone è un «istituto in vigore in diversi Stati membri degli USA, per cui mediante votazione popolare si possono rimuovere dal loro ufficio, prima dello spirare del termine per il quale sono state elette, persone investite di cariche statali o locali e talvolta anche magistrati. In genere, perché si addivenga alla votazione popolare, è necessaria la presentazione di una petizione da parte di un certo numero di elettori» (così in *Enc. Treccani on line*). Sull'esperienza negli Stati Uniti di questo istituto e sul rapporto di lealtà e fedeltà dei deputati nei riguardi degli elettori, si v. D.G. BIANCHI, *Un istituto di democrazia diretta. Recall: la revoca degli eletti senza mandato imperativo*, in *Limiti e sfide della rappresentanza politica*, a cura di D.G. Bianchi, F. Raniolo, Milano, Franco Angeli, 2017, 82 ss.; e anche V.D. AMAR, *Adventures in Direct Democracy: The Top Ten Constitutional Lessons from the California Recall Experience*, in *92 California Law Review* (2004), 927.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

«dimissioni in bianco»⁷⁰⁵.

Se i correttivi di tipo contrattuale non appaiono, dunque, legittimi in base al quadro costituzionale, discorso diverso deve essere fatto per la tecnica di carattere istituzionale, la quale sembra efficace nel contrastare il trasformismo, pur tutelando il libero dispiegarsi della volontà politica del singolo parlamentare, razionalizzando il rapporto tra membro della Camera e gruppo di appartenenza⁷⁰⁶.

Per impedire la frammentazione e la proliferazione, il regolamento parlamentare del Senato stabilisce che possano formare un gruppo parlamentare solo l'insieme di senatori corrispondenti alle coalizioni e ai partiti effettivamente votati dagli elettori, con sanzioni per i «trasformisti»⁷⁰⁷. Sono eliminati i gruppi autorizzati. È impedito formare nuovi gruppi in corso di legislatura, purché non siano l'esito della fusione di gruppi già costituiti. In particolare, chi esce dal gruppo in cui era iscritto perde l'incarico di presidente e membro dell'ufficio di presidenza delle commissioni, ovvero vicepresidente o segretario d'aula, ciò nel presupposto di essere stati eletti a tali cariche non *intuitu personae*, ma perché appartenenti a quel gruppo che hanno deciso poi di abbandonare.

La nuova disciplina dei gruppi (incisivamente rimodellata al Senato) è un esempio di razionalizzazione della libertà di mandato dei singoli parlamentari, anche se, accanto ai pur rilevanti collegamenti di tipo organizzativo, permane uno iato tra attribuzioni dei gruppi e dei

⁷⁰⁵ Secondo Cass., sez. I, 4 settembre 2004, n. 17907, «la norma dettata dall'art. 24 cod. civ., nel condizionare l'esclusione dell'associato all'esistenza di gravi motivi, e nel prevedere, in caso di contestazione, il controllo dell'autorità giudiziaria, implica per il giudice, davanti al quale sia proposta l'impugnazione della deliberazione di esclusione, il potere non solo di accertare che l'esclusione sia stata deliberata nel rispetto delle regole procedurali al riguardo stabilite dalla legge o dall'atto costitutivo dell'ente, ma anche di verificarne la legittimità sostanziale, e quindi di stabilire se sussistono le condizioni legali e statutarie in presenza delle quali un siffatto provvedimento può essere legittimamente adottato. In particolare, la gravità dei motivi, che possono giustificare l'esclusione di un associato, è un concetto relativo, la cui valutazione non può prescindere dal modo in cui gli associati medesimi lo hanno inteso nella loro autonomia associativa; di tal che, ove l'atto costitutivo dell'associazione contenga già una ben specifica descrizione dei motivi ritenuti così gravi da provocare l'esclusione dell'associato, la verifica giudiziale è destinata ad arrestarsi al mero accertamento della puntuale ricorrenza o meno, nel caso di specie, di quei fatti che l'atto costitutivo contempla come causa di esclusione; quando, invece, nessuna indicazione specifica sia contenuta nel medesimo atto costitutivo, o quando si sia in presenza di formule generali ed elastiche, destinate ad essere riempite di volta in volta di contenuto in relazione a ciascun singolo caso, o comunque in qualsiasi altra situazione nella quale la prefigurata causa di esclusione implichi un giudizio di gravità di singoli atti o comportamenti, da operarsi necessariamente *post factum*, il vaglio giurisdizionale si estende necessariamente anche a quest'ultimo aspetto (giacché, altrimenti, si svuoterebbe di senso la suindicata disposizione dell'art. 24 cod. civ.) e si esprime attraverso una valutazione di proporzionalità tra le conseguenze del comportamento addebitato all'associato e l'entità della lesione da lui arrecata agli altrui interessi, da un lato, e la radicalità del provvedimento espulsivo, che definitivamente elide l'interesse del singolo a permanere nell'associazione, dall'altro».

⁷⁰⁶ Come precisa S. CURRERI, *I gruppi parlamentari nella XIII legislatura*, in *Rass. parl.*, 1999, 318, per limitare il transfughismo parlamentare è necessario formalizzare l'obbligatoria corrispondenza tra gruppi parlamentari e partiti presentatisi alle elezioni politiche. Al riguardo, E. VOLPI, *Il trasformismo? Si ferma con i regolamenti parlamentari*, *Lavoce.info*, 12 giugno 2018.

⁷⁰⁷ Si v. art. 14, co. 4 e 5, art. 15, co. 3, Regolamento Senato.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

parlamentari. Il che dimostra come, mentre l'autonomia politica, normativa e amministrativa dei gruppi quali strumenti della meccanica parlamentare possa essere circoscritta, lo stesso non valga per le soluzioni che arginano il libero dispiegarsi della volontà politica del singolo parlamentare. Le prerogative costituzionali del gruppo sono diverse e di minore peso rispetto a quelle che spettano individualmente al membro del Parlamento. E ciò spiega come mai il regolamento del Senato, un correttivo di stampo istituzionale, sia legittimo costituzionalmente in quanto si rivolge al gruppo, mentre parallelamente non lo siano i vincoli privatistici i quali pretendono di incidere direttamente (fino ad annullarle) su le prerogative dei componenti dell'assemblea⁷⁰⁸.

La necessità di correttivi istituzionali che razionalizzano e bilanciano la libertà di mandato dimostra che i parlamentari sono ritenuti dal sistema pubblico "inaffidabili", perché tendenti al transfughismo e a scelte che possono condurre all'instabilità politica. È la situazione di dubbio sull'affidabilità dell'eletto che dà luogo a limiti sull'espletamento autonomo della funzione parlamentare. Occorrono, insomma, strumenti per proteggere la democrazia rappresentativa – che arrivino finanche a mettere in discussione la piena autonomia nello svolgimento del mandato parlamentare o a configurare a monte una "prognosi di inaffidabilità" – e per impedirne l'insuccesso. Ma non è un'ipotesi isolata, per cui vale la pena di affrontare ancora lo stesso tema, ma da un'angolazione totalmente diversa: le leggi provvedimento.

3. Le leggi provvedimento e l'affidabilità del legislatore

«Se la legge può fare tutto, il legislatore ha ceduto alla tentazione di tutti i tiranni: ha deciso di governare, pretendendo di risolvere problemi specifici con provvedimenti concreti»⁷⁰⁹. Alla legge spetta conferire e disciplinare l'esercizio di un potere, senza esercitarlo direttamente. Vi sono, però, casi in cui la norma è essa stessa strumento di esercizio del potere, in quanto, pur sotto la veste di legge formale, presenta un contenuto provvedimentale: da qui la denominazione di legge-provvedimento. I casi possono essere diversi: con legge è possibile attribuire la personalità giuridica ad un ente ben determinato, pianificare sul territorio regionale le strutture sanitarie, concedere un beneficio economico, approvare un piano economico finanziario. È chiaro che, in questi casi, la legge non è generale e astratta, come in linea teorica dovrebbe sempre essere, ma è attuativa e concreta e i destinatari sono predeterminati o predeterminabili.

Il tema della legge-provvedimento è intrinsecamente condizionato da una tensione tra la tendenza all'onnipotenza del legislatore – che scaturisce dall'impostazione ideologica della sovranità popolare che risiede in modo indiretto nella assemblea rappresentativa – e

⁷⁰⁸ Sulla tutela davanti alla Corte costituzionale con lo strumento del conflitto di attribuzioni delle prerogative costituzionali del singolo parlamentare, si v. Corte cost., ord. 8 febbraio 2019, n. 17.

⁷⁰⁹ Così in F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, il Mulino, 2007, 20.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

l'effettività dei diritti riconosciuti ai singoli. In altre parole, ampliando il fuoco dell'indagine, vi è in nuce uno scontro tra la sovranità politica e i valori di garanzia propri dello Stato di diritto⁷¹⁰. Chi considera legittima la legge-provvedimento, tende a sottolineare gli immutabili caratteri del valore della legge. Chi, al contrario, la ritiene non pienamente ammissibile, pone in evidenza i valori garantistici che discendono dalla divisione dei poteri.

Tra questi due estremi la Corte costituzionale – orientandosi in quest'area di scambio fra i "rami alti" e i "rami bassi" dell'ordinamento pubblicistico – ha cercato, nel tempo, un punto di mediazione non sposando appieno né l'uno né l'altro orientamento. Direttamente proporzionale è la relazione tra il carattere amministrativo della norma e il sindacato di legittimità costituzionale: maggiore è il primo, più rigoroso è il secondo. Non sussiste in Costituzione un divieto di adozione di leggi a contenuto particolare e concreto, per cui non è preclusa né alla legge ordinaria né alla legge regionale la possibilità di attrarre nella propria sfera di disciplina oggetti o materie normalmente affidati all'autorità amministrativa. Nondimeno l'ammissibilità di queste leggi è soggetta a *limiti specifici*. In particolare, è in contrasto con l'art. 3 della Costituzione una legge, a contenuto particolare e concreto, da cui non risultino i criteri ai quali sono ispirate le scelte e le relative modalità di attuazione della decisione pubblica, che sia idonea per questa ragione a violare l'eguaglianza tra i cittadini. Se così non fosse, il ricorso a detto tipo di provvedimento si risolverebbe in via sostanziale in una modalità operativa atta ad aggirare i principi di eguaglianza e di imparzialità. Più di recente è stato messo in luce che le leggi-provvedimento non sono incompatibili, in sé e per sé, con l'assetto dei poteri in essa stabilito⁷¹¹; esse devono però soggiacere ad un rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale⁷¹². La loro legittimità costituzionale deve essere "valutata in relazione al loro specifico contenuto"⁷¹³, "essenzialmente sotto i profili della non arbitrarietà e della non irragionevolezza della scelta del legislatore".⁷¹⁴

Il giudice delle leggi, per un verso, ha ritenuto non configurabile, in base alla Costituzione, la c.d. riserva di amministrazione⁷¹⁵; per l'altro, ha trasferito le garanzie

⁷¹⁰ Sulla distinzione tra sovranità politica e sovranità giuridica, A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, New York, 1962, tr. it. *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2003. Come evidenza, L.R. PERFETTI, *Legge-provvedimento, emergenza e giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 1021 ss., la legge-provvedimento è espressione della volontà della maggioranza politica in cooperazione tra Parlamento e Governo; «con la legge-provvedimento, il gruppo di potere che esprime la maggioranza parlamentare sottrae alle garanzie della giurisdizione una decisione per sua natura amministrativa. Da un punto di vista materiale, si tratta di un provvedimento amministrativo, che dovrebbe avere l'efficacia giuridica propria di questa categoria di atti e poter essere sottoposto al sindacato del giudice e, se illegittimo, annullato. Da un punto di vista formale, però, la sua approvazione con forza-di-legge lo sottrae a quelle garanzie».

⁷¹¹ Corte cost., sentenze n. 181 del 2019 e n. 85 del 2013.

⁷¹² Corte cost., sentenze n. 182 del 2017, n. 85 del 2013 e n. 20 del 2012.

⁷¹³ Corte cost., sentenze n. 275 del 2013, n. 154 del 2013 e n. 270 del 2010.

⁷¹⁴ Corte cost., sentenze n. 288 del 2008, n. 181 del 2019.

⁷¹⁵ Sul punto, M. DOGLIANI, *Riserva di amministrazione?*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 675 ss.; anche C. MORTATI, *Le leggi provvedimento*, Milano, Giuffrè, 1967, 209, secondo il quale la ragione che conduce ad escludere l'esistenza di una riserva a favore dell'amministrazione sta nella «impossibilità



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

giurisdizionali dal piano decentrato della giurisdizione amministrativa di legittimità al livello accentrato del giudice delle leggi, equiparandone gli effetti e il grado di tutela.

Nel tentativo di individuare tale punto di mediazione è evidente come il giudice costituzionale abbia incrementato i vincoli prodromici all'ammissibilità delle leggi provvedimento, i quali necessariamente operano a discapito dell'autorità della legge, perseguendo un coerente percorso, proprio di tutti gli Stati moderni, diretto alla limitazione della sovranità del Parlamento.

I profili di criticità che solleva questa fattispecie sono facilmente evidenziabili. Nel momento in cui una legge presenta un contenuto tipico di un provvedimento amministrativo, si realizzano due ordini di lesioni alle garanzie a tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei privati destinatari dell'attività così posta in essere. La prima è di carattere procedimentale, poiché il privato non può prendere parte al farsi della decisione, come avrebbe potuto fare se fosse stata rispettata la regola del procedimento. La seconda, invece, sta in una forte attenuazione della tutela giurisdizionale, in quanto la legge a differenza dell'atto amministrativo non può essere sindacata entro il termine di decadenza dinanzi al giudice amministrativo, ma ne può essere solo eccepita l'illegittimità costituzionale, una volta che sia stata incardinata la controversia in un giudizio principale (senza alcuna garanzia, peraltro, che la questione di legittimità costituzionale sia effettivamente sollevata

di distinguere concettualmente in modo sufficientemente preciso la funzione amministrativa da quella legislativa così che è impossibile determinare dove finisce l'ambito della legislazione e dove comincia l'ambito dell'amministrazione». Come nota R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo. Le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Roma-Bari, Laterza, 2014, 44, la peculiarità del potere discrezionale dell'amministrazione, per la sua essenza stessa, rinvia in ogni caso ad una quota di "riserva": « l'antagonismo concettuale fra potere vincolato e potere discrezionale presenta una indubbia valenza tecnica [...] ma non ci rappresenta in modo adeguato il dato irrefutabile che l'amministrazione è un Potere e che è proprio e tipico di ogni Potere il fatto di possedere una quota di libertà – e dunque di autonomia – in qualche misura "riservata"».

Si consideri, viceversa, che la giurisprudenza del Consiglio di Stato tende a confermare invece l'esistenza di una riserva di amministrazione. Come si può leggere in Cons. Stato, ad. plen., 25 febbraio 2015 n. 5, è possibile registrare un tentativo di dedurre da alcune norme del codice del processo amministrativo una qualche forma di codificazione del principio di riserva di amministrazione (in particolare rispetto alla giurisdizione), ove si afferma che «l'art. 34, co. 2, è espressione del principio costituzionale fondamentale di separazione dei poteri (e di riserva di amministrazione) che, storicamente, nel disegno costituzionale, hanno giustificato e consolidato il sistema della giustizia amministrativa [...]. Tale principio fondamentale è declinato nel codice del processo amministrativo in svariate disposizioni che si ricompongono armonicamente a sistema: d) divieto assoluto del sindacato giurisdizionale sugli atti politici (art. 7, co. 1); e) divieto del giudice di sostituirsi agli apprezzamenti discrezionali amministrativi e tecnici dell'amministrazione ancorché marginali (art. 30, co. 3); f) tassatività ed eccezionalità dei casi di giurisdizione di merito (art. 134). Pertanto, in tutte le situazioni di incompetenza, carenza di proposta o parere obbligatorio, si versa nella situazione in cui il potere amministrativo non è stato ancora esercitato, sicché il giudice non può fare altro che rilevare, se assodato, il relativo vizio e assorbire tutte le altre censure, non potendo dettare le regole dell'azione amministrativa nei confronti di un organo che non ha ancora esercitato il suo *munus*». Si tratta di una regola ampiamente condivisa, basti citare Cons. Stato, sez. V, 9 febbraio 2017, n. 868; Id., sez. IV, 3 novembre 2016, n. 5031; Id., sez. IV, 17 marzo 2016, n. 4095; Id., sez. IV, 19 gennaio 2016, n. 888.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

dal giudice della controversia).

È chiaro inoltre che quando si adotta una legge, in luogo di un provvedimento, ci si appropria di una sfera riservata all'amministrazione: a rigore, trattandosi di un caso in cui il potere legislativo invade la sfera di un altro potere dello Stato, si potrebbe configurare un eccesso di potere legislativo e, dunque, un vizio di legittimità dell'atto normativo, qualora si desumesse dalla Carta costituzionale tale sfera di riserva⁷¹⁶. Non a caso, il giudice delle leggi, pur non muovendo dalla riserva di amministrazione, ha affermato che, quando la legge provvedimento interviene in una materia amministrativa – data la complessità delle scelte e il numero degli interessi in gioco –, la «valorizzazione delle modalità dell'azione amministrativa e dei suoi pregi non può evidentemente rimanere confinata nella sfera dei dati di fatto, ma deve poter emergere a livello giuridico-formale, quale limite intrinseco alla scelta legislativa, pur senza mettere in discussione il tema della "riserva di amministrazione" nel nostro ordinamento. In effetti, se la materia, per la stessa conformazione che il legislatore le ha dato, si presenta con caratteristiche tali da enfatizzare il rispetto di regole che trovano la loro naturale applicazione nel procedimento amministrativo, ciò deve essere tenuto in conto nel vagliare sotto il profilo della ragionevolezza la successiva scelta legislativa, pur tipicamente discrezionale, di un intervento normativo diretto»⁷¹⁷. Senza contare poi «che la legificazione del provvedimento comporta anche l'inevitabile perdita della naturale elasticità dell'azione amministrativa, che trova nel potere di autotutela una fisiologica risposta alle necessità di riesame del provvedimento»⁷¹⁸.

Ne discende che quando la legge interviene in luogo dell'amministrazione e in sostituzione di una sede procedimentale diretta a valutare gli interessi pubblici meritevoli di tutela a confronto con gli interessi privati (consentendo la loro emersione, la pubblicità e la trasparenza, nonché l'imparzialità della scelta), la legge-provvedimento è irragionevole e dunque incostituzionale, altrimenti anche il vaglio giurisdizionale e la tutela delle situazioni soggettive ne sarebbe incisa. Se «in linea di principio la tutela giudiziaria non viene meno per il trasferimento del contenzioso alla giurisdizione costituzionale», è anche vero che non può non considerarsi che rispetto a materie tipicamente amministrative «vengano in rilievo mancanze, quali il difetto di partecipazione degli interessati, che non si potrebbero addebitare all'atto legislativo, in quanto fisiologicamente estranee al relativo procedimento»⁷¹⁹.

⁷¹⁶ Come efficacemente sottolineava M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966, 3 e 170, «la supremazia della legge non può significare totale annullamento dell'indipendenza d'azione del potere esecutivo», perciò se ne può dedurre che «nel nostro ordinamento costituzionale, l'apparato esecutivo possiede un potere generale di direzione politico-amministrativa: il potere gli è attribuito direttamente dalla Costituzione, ed è territorio di "riserva" dei suoi organi, nel senso che è difeso da ogni ingerenza del parlamento, la quale non si esprima attraverso i consueti canali del sistema parlamentare e non rimanga nei limiti consentiti dal gioco interno a questo sistema».

⁷¹⁷ Corte cost., 23 giugno 2020, n. 116.

⁷¹⁸ Corte cost., n. 116/2020.

⁷¹⁹ Pertanto, secondo Corte cost. n. 116/2020, «la qualificazione da parte del legislatore di una materia come tipicamente amministrativa ha una sua inevitabile proiezione anche sulla fase successiva al varo



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Ricorrere alle leggi-provvedimento svuota inoltre di contenuto il principio di legalità, in quanto si inverte il rapporto ordinario tra norma e atto. La norma non è più indirizzo e limite dell'atto, ma si fa essa stessa momento concreto di gestione amministrativa. Sotto questo profilo, la «legge singolare» non può che presentarsi in contrasto con uno dei canoni fondamentali dello Stato di diritto.

L'obbligo di rispetto della sequenza procedimentale vale insomma anche per il legislatore, affinché si evitino disparità di trattamento tra i destinatari del precetto legislativo. Ne consegue che, affinché la legge-provvedimento sia costituzionalmente legittima, essa dovrà *imitare* il procedimento prodromico alla adozione dell'atto amministrativo interessato. Dal testo della norma o dai lavori preparatori della legge regionale deve emergere la *ratio* giustificatrice della decisione pubblica, da cui risulti in modo chiaro che il legislatore si è preoccupato di osservare «criteri, obiettivi e trasparenti».

Il giudice delle leggi adotta qui un criterio di carattere sostanziale che assomiglia molto a quello generalmente impiegato dalla Corte di giustizia europea, sindacando non l'atto ma le modalità di esercizio del potere legislativo⁷²⁰. L'oggetto del giudizio è la norma e non il contenitore formale che la veicola⁷²¹. In questo modo, si consente l'applicazione dell'istituto legislativo differenziandolo a seconda del contenuto della regola impugnata, giacché altrimenti l'esercizio della funzione amministrativa tramite legge implicherebbe solo l'elusione delle procedure e delle regole tipiche dell'esercizio di quella funzione.

Ciò, inoltre, è perfettamente in linea con il modello sovranazionale, che equipara e considera allo stesso modo gli atti di normazione e gli atti di amministrazione – per cui sono entrambi assoggettati a principi fondamentali comuni, come l'obbligo di motivazione preceduto da un'esposizione delle scelte di *policy* e dei motivi in senso stretto che hanno indotto ad effettuare determinate scelte – salvo piccoli scostamenti, dovuti alla nuova tipologia di legge europea, contenuta nel Trattato di Lisbona. Più che tra normazione e amministrazione, tale modo di ragionare porta a distinguere tra atti generali e atti particolari, a prescindere dal tipo di fonte che viene nel concreto impiegata.

L'amministrazione per legge rimane un'anomalia all'interno dell'ordinamento. Siamo

della disciplina, poiché è destinata a produrre un contenzioso altrettanto specifico, centrato sul rispetto delle regole proprie del procedimento amministrativo e sulle relative mancanze. Questo contenzioso a sua volta costituisce il naturale oggetto del vaglio del giudice amministrativo, al quale è riconosciuta la possibilità “di spingersi “oltre” la rappresentazione dei fatti forniti dal procedimento (l'art. 64 del codice del processo amministrativo contiene una traccia, sia pure incompiuta, degli oneri di contestazione, di allegazione, di prova necessari ad ordinare in forma sequenziale un giudizio esteso al rapporto), in quanto al giudice compete l'accertamento del fatto senza essere vincolato a quanto rappresentato nel provvedimento (Consiglio di Stato, sentenza 25 febbraio 2019, n. 1321)».

⁷²⁰ Sul ruolo della Corte di giustizia, si v. S. CASSESE, *La Costituzione europea: elogio della precarietà*, in *Quad. cost.*, 2002, 469 ss.; M. POIARES MADURO, *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 1998; G.F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2004; M.P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 813 ss.

⁷²¹ A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, V ed., Milano, Giuffrè, 2008, 279.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

soliti considerare, infatti, l'amministrazione come un potere autoritativo, per difendersi dal quale servono garanzie, e il legislatore come un potere democratico, al quale poter concedere libertà nei mezzi e nei fini. Invece, dalla fattispecie esaminata sembra che i ruoli si siano invertiti e che le garanzie create per il primo siano oggi utili, alla stessa maniera, per il secondo. La legge che amministra non è imparziale e per questa ragione occorre recuperare i limiti tradizionali all'esercizio del potere.

Altrimenti il rischio è che il legislatore, nella decisione pubblica ovvero nella scelta di soggetti beneficiari di una determinata prestazione, possa subire il condizionamento di interessi di parte, di gruppi di pressione, delle *élite* al potere. La norma-provvedimento si presta ad una possibile commistione tra politica e amministrazione ed è particolarmente frequente per questo motivo, laddove vi sia prossimità tra l'attività politica di indirizzo e l'attività di gestione e non è difficile esercitare un potere di pressione sull'assemblea finalizzato ad adottare una determinata decisione⁷²². Si tratta di un regolatore che può essere facilmente catturato.

Si registra per un verso la netta perdita di potere del ramo legislativo a favore del potere governativo, tramite dinamiche come la deregolazione, la privatizzazione e la "commercializzazione" di funzioni pubbliche, per l'altro, si denuncia che quando il potere esecutivo (o il suo omologo) si appropria della forma legislativa, per perseguire i suoi obiettivi, viene a perdersi il tessuto democratico che fa da sfondo alla decisione pubblica⁷²³. È evidente come l'atto amministrativo sembri presentare un maggior grado di democraticità di quello politico, assunto nella sede legislativa. Se il secondo può essere ostaggio dei gruppi di pressione, la partecipazione tipica del primo non solo promuove la risoluzione dei conflitti, ma compone i differenti interessi per un migliore e più equo soddisfacimento delle esigenze pubbliche⁷²⁴. Pur essendovi il rischio che prevalgano nel procedimento gli interessi forti, il modello procedimentale, a differenza di quello legislativo, consente al privato di difendersi e cooperare alla decisione.

Occorre, dunque, scongiurare tali pericoli e tradurre in concreto il principio di separazione tra politica e amministrazione, mediante il rispetto dei diritti partecipativi. Secondo la Consulta, «l'antidoto per i veleni del governo del legislatore»⁷²⁵ non è vietare le leggi a carattere provvedimentale in radice, ma sottoporle ad un vincolo procedimentale, inesistente per l'attività legislativa, ma necessario per garantire la trasparenza dell'azione pubblica – in particolare, allorquando sono attribuiti vantaggi e benefici economici – nonché

⁷²² Per una ricognizione delle leggi approvate dalle istituzioni regionali, si v. L. RONCHETTI, *La legge regionale alla luce del giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale*, in *Giur. cost.*, 2009, 485 ss.

⁷²³ S. SASSEN, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale*, Milano, 2008, 516.

⁷²⁴ Sul contributo della partecipazione alla democrazia del procedimento, S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche: saggio di diritto comparato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 10; A. LUCARELLI, *La partecipazione al procedimento amministrativo tra democrazia e disordine sociale*, in *Pol. dir.*, 2003, 129 ss.

⁷²⁵ Qui si riprende la citazione di F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., 24.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

il rispetto dei principi di eguaglianza, di ragionevolezza, di imparzialità e buon andamento⁷²⁶.

In sintesi, la Corte costituzionale ha maturato, nel tempo, un idoneo punto di mediazione per porre rimedio all'inaffidabilità del legislatore. Per un verso, in base alla Costituzione ha ritenuto non configurabile la c.d. riserva di amministrazione. Per l'altro, ha trasferito le garanzie giurisdizionali, dal piano decentrato della giurisdizione amministrativa di legittimità, al livello accentrato del giudice delle leggi, equiparandone gli effetti e il grado di tutela. Tuttavia permangono alcune anomalie direttamente riconducibili alla sostituzione del provvedimento con la legge. Innanzitutto, sono condizionate le sorti della decisione, perché occorrerà sempre un'altra legge per far venir meno la previsione che si è disposta. In secondo luogo, il mancato rispetto della sequenza procedimentale, tipica dei provvedimenti amministrativi, elimina alla radice i diritti di partecipazione e nega al cittadino la possibilità di condizionare l'esito dell'esercizio della pubblica funzione. In terzo luogo, sotto il profilo delle garanzie, che l'ordinamento pone a disposizione dei cittadini, risulta privato di effettività il principio di legalità.

4. Epilogo

Nel Regno Unito è frequente si assista ad una rappresentazione "coreografica" dell'assetto istituzionale dei pubblici poteri. Ciò avviene anche per la regola della sovranità parlamentare: ogni anno la sessione inizia con una cerimonia, chiamata *State Opening of Parliament*, che si tiene nell'aula dei Lord, durante la quale il sovrano traccia con un discorso le linee dell'agenda legislativa proposta dal governo in carica, di fronte ai membri delle due Camere. In quell'occasione, il *Gentleman Usher of the Black Rod* – un ufficiale della *House of Lords* – è responsabile della convocazione dei membri della Camera dei

⁷²⁶ Sul sindacato di ragionevolezza delle leggi-provvedimento, si v. Cons. Stato, sez. VI, ord. 9 febbraio 2021, n. 604, ove si valuta la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art 1, co. 18-quater del d.l. n. 126/2010 e si precisa che «l'assetto normativo è violativo dell'art. 3 Cost. ed in particolare dei principi di ragionevolezza che deve assistere ogni legge provvedimento (nella specie giustificata ove ammette gli specializzandi ma non ove limita tale ammissione con un troppo rigido sbarramento temporale che non ha alcuna sua autonoma giustificazione a fronte della adozione delle diverse soluzioni divisate innanzi) e del principio di uguaglianza (ove discrimina fra soggetti che sono in situazioni del tutto simili tranne che per il profilo temporale) nonché degli artt. 2, 32 e 34 Cost. ossia dei diritti fondamentali alla salute ed all'istruzione (ove restringe irragionevolmente la platea dei partecipanti alla selezione con possibile compromissione di tali valori evidentemente rilevanti nello svolgimento dell'insegnamento di sostegno a persone con disabilità) ed in ultimo degli artt. 97 Cost. (perché, pur in assenza di una attività riservata all'amministrazione, compromette con disposizioni di eccessivo dettaglio gli stessi interessi che la disposizione si propone di tutelare restringendo senza motivo la platea dei soggetti ammessi al concorso straordinario per soluzioni distoniche rispetto a quelle che – in assenza della norma – l'amministrazione avrebbe potuto tranquillamente adottare nella sua ordinaria attività di indizione dei concorsi) e 113 Cost. perché – legificando i bandi – sottrae senza motivazione alcuna alla tutela giurisdizionale le posizioni degli istanti lasciando al giudice amministrativo – per assicurare tutela – solo ed esclusivamente la strada della rimessione della norma al giudice delle leggi».



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Comuni. A lui spetta il compito di convocare i deputati e, tradizionalmente, appena arriva all'aula dei Comuni, le porte della stessa gli vengono "chiuse in faccia", a simboleggiare il diritto della Camera bassa a discutere senza interferenze. Il *Gentleman Usher* allora bussa tre volte, con l'apposito scettro (*Black Rod*). Ammesso all'aula, annuncia ai deputati che sono attesi dal sovrano e questi si avviano verso la Camera dei Lord per assistere al discorso reale.

Si tratta chiaramente di una procedura rituale che simboleggia l'indipendenza del Parlamento dal potere esecutivo, raffigurato dal sovrano, ed esprime altresì fino a che punto il principio della onnipotenza del legislatore – quasi al punto di sottolineare che il Parlamento è *legibus solutus* – sia radicato nella cultura giuridica inglese. La dottrina della *parliamentary sovereignty*, infatti, è uno dei pilastri del diritto costituzionale, cristallizzata dalle parole di A.V. Dicey: «the principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament [defined as the Queen, the House of Lords, and the House of Commons, acting together] has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law as having a right to override or set aside the legislation of Parliament»⁷²⁷.

Sotto questo profilo, è chiaro il tentativo di proteggere il processo decisionale parlamentare da intrusioni esterne, salvaguardando la sostanza del potere legislativo. Allo stesso modo, sono difese la divisione dei poteri e le prerogative del Parlamento rispetto alle influenze derivanti dal potere giudiziale e amministrativo.

L'autonomia (o, addirittura, la sovranità) delle istituzioni rappresentative presuppone, però, l'affidamento della società in queste ultime. La questione della reputazione è intimamente connessa al tema della fiducia, dato che la reputazione individuale contribuisce a decidere se fidarsi o meno di una istituzione e ad attenuare i rischi se la potenziale controparte goda di buona considerazione. La reputazione identifica ciò che una comunità pensa di un certo soggetto, secondo un giudizio basato sulle sue azioni passate in un contesto dato, nel presupposto che queste siano indicatori affidabili dei comportamenti futuri, così da consentire ai membri di una data comunità di decidere in che modo relazionarsi al soggetto in questione.

Sia il divieto di mandato imperativo che la produzione di limiti alle leggi provvedimento mostrano come l'obiettivo sia proteggere l'autonomia delle istituzioni

⁷²⁷ A.V. DICEY, *The Law of the Constitution* (1885), cit., 39 ss. Sul suo ruolo nel sistema amministrativo inglese, S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, I, Milano, Giuffrè, 2003, 26 ss. Occorre, inoltre, sottolineare, come chiarisce G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, Bologna, il Mulino, 1995, 16, che storicamente «il principio della supremazia del Parlamento si oppone al principio della supremazia della Corona, e ciò che veramente significava – quando venne affermato – è che il Re non aveva potere fuori del Parlamento, che le sue prerogative potevano essere esercitate soltanto secondo la formula del *King in Parliament*, del Re in Parlamento. E se le cose stanno così, allora è Bagehot che esagera quando asserisce che “una nuova Camera dei Comuni può dispoticamente decidere”. In verità, l'asserito dispotismo (potenziale) del Parlamento inglese risiede soprattutto nel fatto che una costituzione non scritta (non raccolta in un unico testo omogeneo) è per ciò stesso una costituzione altamente flessibile».



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

rappresentative, evitando che quest'ultima sfoci in arbitrio. Non si tratta di preservare una sfera assoluta di libertà, sul modello inglese, ma di conciliare l'autonomia e l'equilibrio dei poteri. Muovendo dalla considerazione che i Parlamenti sono ritenuti "inaffidabili", perché soliti a scelte ad alto tasso di discrezionalità, per cui con correttivi di stampo istituzionale e con interventi della Corte costituzionale si pone rimedio a questa carenza di buona reputazione. Le regole mirano proprio a limitare gli interventi discrezionali e a sottrarre l'equilibrio economico alla scelta del Parlamento e del governo. Lo stesso congegno si presenta con il *Fiscal compact* – un patto addizionale inteso a rinsaldare la disciplina di bilancio con l'obiettivo di ridurre il rapporto tra debito pubblico e prodotto interno lordo – che incide sulle scelte di bilancio statali in aggiunta e fatti salvi gli obblighi già derivanti dal diritto dell'Unione europea. Lo scopo è raggiungere un obiettivo macroeconomico attraverso delle *regole* sul versante sostanziale, e il *controllo* delle autorità indipendenti su quello procedurale, a cui affidare la supervisione delle decisioni di bilancio⁷²⁸.

Vista sotto questo punto di vista, emerge in parte l'insuccesso della democrazia rappresentativa che non pare essere riuscita nell'ambizioso obiettivo di costruire istituzioni idonee a porre in essere in modo efficace i presupposti di un buongoverno. Sembra sfumare la vocazione parlamentare a rappresentare il luogo del pluralismo sociale e istituzionale, sede naturale degli indirizzi in grado di orientare i pubblici poteri⁷²⁹. Prevale l'immediatezza dell'azione sulla mediazione maturata nel procedimento parlamentare. Non sembrano mai (purtroppo) pienamente superati i tempi della vita parlamentare «ridotta ad una realtà di intrighi e di interessi personali, ad un groviglio di fili che, dietro la duplice finzione della sovranità popolare e della rappresentanza politica, fanno capo ad una minoranza di maneggiatori ambiziosi, di null'altro preoccupati che di rimanere al potere»⁷³⁰.

Sotto un certo punto di vista questo passaggio sembra assumere i contorni della "postdemocrazia". Ne sono una spia le forme di degenerazione della democrazia, in cui

⁷²⁸ Sul punto sia consentito rinviare a M. MACCHIA, *Amministrare la democrazia. Parlamento ed equilibrio dei poteri ai tempi delle crisi*, cit., 157 ss.

⁷²⁹ Sull'importanza del "contrappeso parlamentare" nel sistema costituzionale e sulla tendenza italiana a concepire un parlamento "di parte" che si trasforma in una propaggine del governo anche per il suo essere privo di uno status costituzionale per l'opposizione, A. MANZELLA, *Sul parlamento*, in *Lo Stato*, 2014, 65 ss. Come scrive L. VIOLANTE, *Il futuro dei Parlamenti*, in *Storia d'Italia*, Annali 17 Il Parlamento, a cura di L. VIOLANTE, Torino, Einaudi, 2001, XXXIV, il Parlamento è «l'unico luogo istituzionale in cui tutti gli italiani, assolutamente tutti, sono stati rappresentati», ed «è stato volta per volta, setaccio, impastatrice, campo di battaglia e luogo di conciliazione. Molte volte uno scontro in Parlamento ha evitato uno scontro nel Paese».

⁷³⁰ Così in G. SOLA, *Introduzione*, in G. Mosca, *Scritti politici*, Torino, UTET, 1982, 9-10. Sul tema generale della crisi dei parlamenti, G. PASQUINO, L. PELIZZO, *Parlamenti democratici*, Bologna, il Mulino, 2006, 15. Sottolinea F. BASSANINI, *Prefazione*, in *Per far funzionare il Parlamento. Quarantaquattro modeste proposte*, a cura di A. Manzella, F. Bassanini, Bologna, il Mulino, 2007, 7, «un'istituzione in crisi di identità, di rappresentatività e di legittimazione (parte della più generale crisi di rappresentanza politica), e anche di funzionalità ed efficacia nell'esercizio dei suoi compiti istituzionali»; «un'istituzione sovente trascurata, nel dibattito sulla riforma e sull'ammodernamento del nostro sistema costituzionale. O trattata quasi di risulta, se non come impedimento al potere di decisione, da concentrarsi nelle mani del Governo e del suo presidente».



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

«sopravvivono le forme democratiche, comprese quelle legate allo stato di diritto, ma l'elettorato rimane passivo e si astiene da qualunque fastidioso attivismo», nonché l'affermazione del populismo, «cioè un modo di affrontare la questione politica e quella istituzionale che si risolve nella perdita di valore dei corpi intermedi, nella contrapposizione tra popolo ed élite, nella sostanziale delegittimazione delle istituzioni rappresentative, nell'insofferenza per le istituzioni di garanzia, nella sfiducia nei processi di formazione delle classi dirigenti, nella riduzione della politica a mera comunicazione»⁷³¹.

Eppure viene da chiedersi come si faccia a leggere l'orologio della democrazia. Quest'ultima è, difatti, una sintesi molto complessa di meccanismi data da una pluralità di elementi diretti a limitare e controllare l'esercizio del potere, propri dello Stato di diritto, ossia i poteri contrapposti, la separazione tra indirizzo e gestione, l'imparzialità dell'amministrazione, le autorità indipendenti, la tecnicità della burocrazia, senza dimenticare i valori democratici incorporati nell'Unione europea e i tentativi sovranazionali di superare il deficit democratico ricorrendo a nuove forme di *accountability*.

Occorre attenzione, perciò, nel non cadere nella trappola di svilire la democrazia nella mera rappresentanza politica, offuscando la profonda diversità che intercorre fra questi due diversi concetti. La democrazia rappresentativa – quale modello contrapponibile sia alla «democrazia shumpeteriana» in cui i cittadini scelgono le élite a intervalli regolari rimanendo in silenzio tutto il resto del tempo, che alla «democrazia partecipativa» nella quale i cittadini prendono decisioni politiche in ogni periodo⁷³² – «è altamente imperfetta, perché fa prevalere la minoranza più forte. Le varie componenti della democrazia devono convivere. La democrazia, a sua volta, è un complesso di regole per decidere, non può essere ridotta a elezioni»⁷³³.

Se la democrazia rappresentativa è “altamente imperfetta”, allo stesso tempo però è anche un modello insostituibile. Insomma, la democrazia non è una ricetta culinaria, per cui vale il detto che “complicare una ricetta è il modo migliore per mascherare la mancanza di talento di un cuoco”. Sebbene, comunque, le ricette di cucina siano un bene universale estremamente democratico, un tesoro che appartiene a tutti e che come le sette note può essere combinato in migliaia e migliaia di modi e diventare personale, a volte unico.

⁷³¹ Secondo A. PAJNO, *Democrazia e governo della Pandemia*, in *Pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, Bologna, il Mulino, 2021, 31 ss.

⁷³² Sul punto, B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo* (1997), Bologna, il Mulino, 2010, 287.

⁷³³ Così in S. CASSESE, *La democrazia e i suoi limiti*, Milano, Mondadori, 2018, 113.



La riforma delle concessioni balneari: dai contrasti con il diritto dell'Ue alla disciplina del d.d.l. concorrenza 2021

di Luca Passarini*
18 maggio 2022

Sommario: 1. Introduzione e necessità della riforma. – 2. L'attuale disciplina delle concessioni balneari. – 3. Brevi cenni sull'incompatibilità comunitaria. – 4. La procedura per stabilire la nuova disciplina. – 5. I principi della delega legislativa. – 6. I criteri per le procedure selettive di affidamento. – 7. La disciplina normativa delle future concessioni balneari. – 8. Profili comparatistici nel contesto europeo. – 9. Conclusioni in una prospettiva *de iure condendo*.

Abstract: Negli ultimi anni, la disciplina delle concessioni balneari è stata oggetto di forti contrasti normativi e giurisprudenziali a causa del difficile coordinamento della legislazione nazionale con la normativa dell'Unione europea. Il 15 febbraio scorso il Consiglio dei Ministri ha approvato una proposta emendativa al Disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, con l'obiettivo di migliorare la qualità dei servizi, valorizzare i beni demaniali e fornire maggiori certezze al settore, nel rispetto del diritto Ue. La necessità di riformare il settore delle concessioni balneari è dunque oggi inevitabile per evitare ulteriori procedure di infrazione che potrebbero comportare pesanti sanzioni pecuniarie per l'Italia. In questo quadro, il presente elaborato esamina l'intera vicenda, analizzando la normativa sulle future concessioni balneari in un contesto comparativo ed europeo.

In recent years, the regulation of beach concessions has been the subject of strong regulatory and jurisprudential contrasts due to the difficult coordination of national legislation with European Union regulations. On February 15, the Council of Ministers approved an amendment proposal to the Annual Market and Competition Bill 2021, with the aim of improving the quality of services, enhancing the value of state-owned assets and providing more certainty to the sector, while respecting EU law. The need to reform the beach concessions sector is therefore now inevitable in order to avoid further infringement procedures that could result in heavy fines for Italy. Against this backdrop, this paper examines the whole affair, analyzing the legislation on future beach concessions in a comparative and European context.

1. Introduzione e necessità della riforma

* Laureando in Giurisprudenza in diritto amministrativo all'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

La disciplina delle concessioni balneari (*rectius* concessioni demaniali marittime⁷³⁴) è stata negli ultimi anni materia di forti contrasti normativi e giurisprudenziali a causa di un difficile coordinamento della legislazione nazionale con la normativa dell'Unione europea. Solamente il 15 febbraio scorso il Consiglio dei ministri ha approvato una proposta emendativa al Disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (A.S. 2469)⁷³⁵ in materia di concessioni demaniali marittime⁷³⁶. Il testo di legge è attualmente all'attenzione del Senato. La proposta di modifica è stata accompagnata nello stesso giorno da una nota stampa diffusa da Palazzo Chigi nella quale si è data comunicazione che l'emendamento è volto a "migliorare la qualità dei servizi con conseguente beneficio per i consumatori, a valorizzare i beni demaniali e, al contempo, a dare certezze al settore, in coerenza con la normativa europea"⁷³⁷. In tale occasione si è reso noto che verrà delegato il Governo ad adottare entro sei mesi dall'entrata in vigore del disegno di legge Concorrenza, alcuni decreti legislativi aventi la finalità di aprire il settore alla concorrenza, "nel contempo tenendo in adeguata considerazione le peculiarità del settore".

L'attuale disciplina delle concessioni balneari si pone infatti in contrasto con la Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno che all'articolo 12, paragrafi 1 e 2 afferma chiaramente come *qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. In tali casi poi l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami. In questo modo, per via giurisprudenziale*⁷³⁸, sono stati dichiarati incompatibili i provvedimenti di rinnovo o proroga

⁷³⁴ La definizione per esteso è concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali con finalità turistico-ricreative che, per brevità, saranno tecnicamente indicate come "concessioni balneari" o "concessioni costiere".

⁷³⁵ Il testo dell'emendamento governativo è consultabile su <www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter>.

⁷³⁶ Per beni demaniali si intendono quei beni che appartengono ad un ente pubblico territoriale e che rientrano tra quelli indicati negli artt. 822 e 824 c.c., nonché i beni ad essi assimilabili.

⁷³⁷ Comunicato stampa del Consiglio dei ministri n. 61 del 15 febbraio 2022, consultabile su: <<https://www.governo.it/it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-61/19143>>.

⁷³⁸ La questione è stata già in gran parte affrontata da Corte di giustizia, V sez., 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, consultabile su: <<https://curia.europa.eu>>. In tale occasione la CGUE ha affermato che: 1) l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE deve essere interpretato nel senso che essa osta a una misura nazionale che prevede la proroga automatica delle autorizzazioni demaniali marittime e lacuali in essere per attività turistico-ricreative, in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra i potenziali candidati (v. punto 57 della motivazione); 2) l'articolo 49 TFUE deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che consente una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche, nei limiti in cui tali concessioni presentano un



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

automatica delle concessioni demaniali marittime destinate all'esercizio delle attività turistico-ricreative in assenza di qualsiasi procedura di selezione tra gli aspiranti, integrando tale situazione una violazione anche dell'art. 49 del T.F.U.E. sulla libertà di stabilimento dei cittadini in uno Stato membro⁷³⁹.

Allo stesso modo sul punto è recentemente intervenuto anche il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria, riconoscendo che "deve essere ribadito il principio secondo cui il diritto dell'Unione impone che il rilascio o il rinnovo delle concessioni demaniali marittime (o lacuali o fluviali) avvenga all'esito di una procedura di evidenza pubblica, con conseguente incompatibilità della disciplina nazionale che prevede la proroga automatica *ex lege* fino al 31 dicembre 2033 delle concessioni in essere. Tale incompatibilità sussiste sia rispetto all'art. 49 TFUE, sia rispetto all'art 12 della c.d. direttiva servizi"⁷⁴⁰. La necessità di riformare il settore delle concessioni balneari è dunque oggi ineludibile e si pone come obiettivo fondamentale per evitare procedure di infrazione che potrebbero esporre l'Italia al pagamento di pesanti sanzioni pecuniarie per il mancato rispetto del diritto Ue⁷⁴¹.

2. L'attuale disciplina delle concessioni balneari

Sulla natura delle concessioni balneari occorre riportare quanto affermato già da tempo in dottrina. La concessione amministrativa per l'uso di beni appartenenti al demanio marittimo assume normalmente la figura della *concessione-contratto*, "tale fattispecie complessa risulta dalla convergenza, da un lato, di un atto unilaterale e autoritativo, ossia la concessione, e dall'altro lato, di una convenzione integrativa del contenuto di questa avente carattere privatistico, cioè di un rapporto contrattuale bilaterale fonte di obblighi e diritti reciproci dell'ente concedente e del privato concessionario"⁷⁴². Un altro Autore ha definito la

interesse transfrontaliero certo (v. punto 75 dispositivo).

⁷³⁹ Lo Stato italiano in più momenti è giunto a prorogare con legge le concessioni demaniali in scadenza (art. 1 del D.L. 194/2009, convertito con modificazioni in L. 25/2010, e art. 24 c. 3-septies del D.L. 113/2016, convertito in L. 160/2016).

⁷⁴⁰ Consiglio di Stato, Ad. Plen., del 9 novembre 2021, n. 17, Pres. Patroni Griffi, Est. Molinaro, p. 14 della motivazione in fatto e diritto. Ugualmente Consiglio di Stato, Ad. Plen., del 9 novembre 2021, n. 18, Pres. Patroni Griffi, Est. Giovagnoli.

⁷⁴¹ Nella Relazione di accompagnamento al disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 sono stati segnalati dei casi di pre-contenzioso attualmente pendenti nei confronti del Governo italiano per violazione delle regole UE sull'apertura dei settori economici alla concorrenza. Il mercato delle assegnazioni di risorse pubbliche "scarse" vede pendenti due casi di pre-contenzioso europeo riguardanti le concessioni demaniali marittime (procedura di infrazione n. 2020/4118, in fase di messa in mora ex art. 258 TFUE). Si ricorda che già con una procedura di infrazione avviata nel 2009, veniva dimostrato come in Italia l'attribuzione delle concessioni balneari si basasse su di un sistema di preferenza per il concessionario uscente, che portava ad un sostanziale rinnovo automatico delle concessioni esistenti (c.d. *diritto di insistenza*), dovendo il Governo di allora reagire con l'abrogazione del 'diritto di insistenza' ex art. 37 cod. nav.

⁷⁴² PELLICANÒ A., *Le concessioni demaniali marittime in Italia alla luce della Direttiva Bolkestein e il principio di concorrenza*, in *Il Diritto Amministrativo*, anno XIV, n. 3, marzo 2022.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

materia delle concessioni balneari un istituto di "frontiera", dove non si concluderebbe un vero e proprio contratto, ma semmai si tratterebbe di accordi amministrativi, nello specifico di accordi sostitutivi del provvedimento ex art. 11 della legge 241/1990, così da mantenere la disciplina sempre nell'alveo pubblicistico⁷⁴³.

Nel caso delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreative a venire in considerazione come strumento di guadagno offerto dalla Pubblica amministrazione non è il prezzo di una prestazione né il diritto di sfruttare economicamente un singolo servizio avente rilevanza economica. Al contrario degli appalti o delle concessioni di servizi, la Pubblica amministrazione mette a disposizione dei privati concessionari un complesso di beni demaniali che costituiscono uno dei patrimoni naturalistici più rinomati e attrattivi del mondo⁷⁴⁴. Basti pensare che il giro d'affari stimato del settore si aggira intorno ai quindici miliardi di euro all'anno, a fronte dei quali l'ammontare dei canoni di concessione supera di poco i cento milioni di euro, il che rende evidente il potenziale maggior introito per le casse pubbliche a seguito di una gestione maggiormente efficiente delle medesime⁷⁴⁵. Ed il Supremo consesso della Giustizia amministrativa evidenzia inoltre che a causa del ridotto canone versato all'Amministrazione concedente, il concessionario ha già la possibilità di ricavare, tramite una semplice sub-concessione, un prezzo più elevato rispetto al canone concessorio, che riflette il reale valore economico e l'effettiva valenza turistica del bene.

È da questa considerazione preliminare che l'Adunanza plenaria arriva ad affermare che "pensare che questo settore, così nevralgico per l'economia del Paese, possa essere tenuto al riparo dalle regole della concorrenza e dell'evidenza pubblica, rappresenta una posizione insostenibile, non solo sul piano costituzionale nazionale, ma soprattutto rispetto ai principi europei a tutela della concorrenza e della libera circolazione"⁷⁴⁶, giacché a giudizio del Consiglio di Stato si tratterebbe in ogni caso di beni demaniali che presentano un interesse transfrontaliero certo, occasionando una serie consistente di profitti e di opportunità di guadagno⁷⁴⁷.

3. Brevi cenni sull'incompatibilità comunitaria

⁷⁴³ Cfr. DIPACE R., *L'incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l'erosione della categoria*, in *Diritto e Società*, 3, 2021, p. 435.

⁷⁴⁴ Sul punto CARAVITA DI TORITTO B., CARLOMAGNO G., *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime*, in *Diritto e Società*, 3, 2021, p. 621. In Italia – 7.600 km di coste e 62 milioni di turisti all'anno – le concessioni marittime assumono una importanza del tutto peculiare. Sulle nostre coste "insistono ben 52.619 concessioni demaniali marittime, delle quali addirittura 11.104 sono relative a stabilimenti balneari, 1.231 a campeggi, circoli sportivi e complessi turistici, mentre le restanti sono distribuite su vari utilizzi, da pesca e acquacoltura a diporto e produttivo"

⁷⁴⁵ Consiglio di Stato, Ad. Plen., del 9 novembre 2021, n. 17, p. 16 della motivazione in fatto e diritto.

⁷⁴⁶ *Idem*.

⁷⁴⁷ Se la concessione che presenta un interesse transfrontaliero certo è avvenuta in assenza di procedura competitiva e trasparente si avrà una disparità di trattamento, violando l'art. 49 TFUE.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

La reiterata prassi nostrana della proroga della durata delle concessioni balneari prevista dalla legislazione italiana presenta profili di incompatibilità comunitaria, perché scoraggia gli investimenti in un settore chiave per l'economia italiana. La disciplina nazionale che prevede la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali già rilasciate⁷⁴⁸ contrasta infatti sia con gli artt. 49 e 56 TFUE sia con l'art. 12 par. 1 e 2 della direttiva 2006/123/CE.

L'Adunanza plenaria – sopra citata – ritiene che l'incompatibilità della legge anti-comunitaria gravi in capo all'apparato amministrativo e comporti la sussistenza di un dovere di non applicazione (tale rappresenta un approdo ormai consolidato nell'ambito della giurisprudenza sia europea sia nazionale⁷⁴⁹), ritenendo infatti che “opinare diversamente significherebbe autorizzare la P.A. all'adozione di atti amministrativi illegittimi per violazione del diritto dell'Unione, destinati ad essere annullati in sede giurisdizionale, con grave compromissione del principio di legalità, oltre che di elementari esigenze di certezza del diritto”. Mentre non rilevano, in senso contrario, neanche le esigenze di tutela dell'affidamento degli attuali concessionari. Quindi si può affermare che l'incompatibilità della disciplina nazionale che ha disposto la proroga *ex lege* delle concessioni demaniali con il diritto dell'Unione produce come effetto, “anche nei casi in cui siano stati adottati formali atti di proroga e nei casi in cui sia intervenuto un giudicato favorevole, il venir meno degli effetti della concessione, in conseguenza della non applicazione della disciplina interna”⁷⁵⁰.

In dottrina è stato sottolineato come le due pronunce del Consiglio di Stato abbiano alimentato qualche elemento di criticità, tanto sul piano pratico-applicativo quanto su quello teorico, in “relazione al requisito dell'*interesse transfrontaliero certo* (dove la legislazione nazionale non distingue tra casi certi e non), al *principio dell'effetto diretto verticale inverso* (della Direttiva Bolkestein al fine di consentire all'amministrazione di applicare immediatamente le sue disposizioni nei confronti dei concessionari⁷⁵¹) e, soprattutto, al *mantenimento dell'efficacia delle proroghe* delle concessioni fino al 31 dicembre 2023”⁷⁵².

⁷⁴⁸ Per esempi recenti di disciplina di proroga si considerino l'art. 1, commi 682-683, l. n. 145/2018 e l'art. 182, comma 2, d.l. 34/2020.

⁷⁴⁹ Il Consiglio di Stato sin dalla sentenza sez. V 6 aprile 1991, n. 452, ha chiarito che tutti i soggetti dell'ordinamento, compresa la PA, riconoscono diritto vincolante le norme comunitarie, non applicando le norme nazionali contrastanti.

⁷⁵⁰ Da ultimo Consiglio di Stato, Ad. Plen., del 9 novembre 2021, n. 17, p. 45 della motivazione in fatto e diritto.

⁷⁵¹ La disciplina contenuta nell'art. 12 della direttiva risulta provvista di efficacia diretta, in quanto chiara, precisa e suscettibile di applicazione immediata, in particolare, nel vietare la proroga delle concessioni demaniali. In dottrina si dubita, però, che le norme di una direttiva provvista di efficacia diretta possano essere opposte dallo Stato (effetti diretti verticali inversi), giacché di regola le norme di una direttiva provviste di efficacia diretta possono essere invocate soltanto da parte dei singoli nei confronti dello Stato (principio degli effetti diretti verticali unilaterali), non potendosi imporre obblighi in capo ai singoli in assenza di una disciplina legislativa nazionale che dia attuazione alla direttiva comunitaria.

⁷⁵² FERRARO F., *Diritto dell'Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, in *Diritto e Società*, 3, 2021, p. 361. Sul punto più criticato



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Su quest'ultimo profilo, infatti, il Consiglio di Stato, facendo uso del potere di modulazione temporale degli effetti delle proprie sentenze, ha stabilito che le concessioni in essere rimangono comunque valide fino a tale data⁷⁵³.

4. La procedura per stabilire la nuova disciplina

Il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, presentato dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Ministro dello sviluppo economico, è teso a conformarsi agli obblighi in materia di concorrenza che l'Italia ha assunto attraverso il Piano Nazionale di ripresa e resilienza (d'ora in poi PNRR), obblighi la cui previsione ha costituito condizione necessaria per l'approvazione del PNRR da parte della Commissione europea e del Consiglio e il cui adempimento è essenziale per ottenere i finanziamenti europei. Tra gli altri obiettivi che si è posto il disegno di legge in questione figura quello di "rimuovere le criticità concorrenziali censurate dalle Istituzioni europee in sede di procedure di infrazione, come quella relativa alle concessioni di demanio marittimo a fini turistico-ricreativi"⁷⁵⁴.

Mentre all'articolo 3 del d.d.l. concorrenza 2021 si prevede la disciplina riguardante la concessione delle aree demaniali portuali, le disposizioni concernenti le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative sono state introdotte dal Governo attraverso un emendamento al disegno di legge in questione. Così mediante l'articolo 2-ter, frutto dell'iniziativa emendativa dell'esecutivo di cui si è appena dato conto, verrà delegato il Governo ad adottare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, uno o più decreti legislativi "*volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali, per finalità turistico-ricreative, nonché la disciplina in materia di concessioni per la realizzazione e la gestione di strutture dedicate alla nautica da diporto, ivi inclusi i punti d'ormeggio*".

La procedura volta all'adozione di tali decreti prevede che essi dovranno essere adottati su proposta del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e del Ministro del turismo, di concerto con il Ministro della transizione ecologica, il Ministro dell'economia e delle finanze, il Ministro dello sviluppo economico e il Ministro per gli affari regionali e le autonomie, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano e dopo il parere del Consiglio di Stato, che dovrà essere reso nel termine di quarantacinque giorni dalla data di trasmissione degli schemi di decreto legislativo, decorso il quale il Governo può comunque procedere. Gli

occorre rilevare come l'interesse transfrontaliero certo richiesto per invocare la violazione del TFUE deve riguardare il singolo atto e non può essere evidentemente riferito a un insieme di situazioni e di rapporti con diversi soggetti.

⁷⁵³ Sul punto v. anche MORBIDELLI G., *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, in *Diritto e Società*, 3, 2021, p. 387.

⁷⁵⁴ Relazione al disegno di legge comunicato alla Presidenza il 3 dicembre 2021, n. 2469, consultabile su: <senato.it>.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

schemi di decreto legislativo saranno successivamente trasmessi alle Camere per l'espressione dei pareri delle Commissioni parlamentari competenti per materia e per i profili finanziari, che si pronunceranno nel termine di trenta giorni dalla data di trasmissione, decorso il quale i decreti legislativi potranno comunque essere adottati (la procedura è indicata in maniera analitica all'art. 2-ter comma tre dell'emendamento al d.d.l. concorrenza, e visto che il testo non è ancora legge l'uso del futuro è oggi d'obbligo).

Al di là della procedura di adozione, è importante concentrare l'attenzione sul fatto che attraverso tali decreti legislativi verranno abrogate tutte le disposizioni incompatibili, e al contempo verrà realizzata una disciplina di coordinamento con le disposizioni attuali non sottoposte ad abrogazione, come viene precisato all'art. 2-ter comma due.

Un ulteriore profilo che richiede la spendita di alcune parole è dato dal comma quattro dell'articolo in questione che prevede la clausola di invarianza (o neutralità finanziaria) prevedendo che dall'attuazione della delega *"non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica"*. Ormai l'affermazione ha il significato di una clausola di stile e che lascia alcune incertezze (per esempio in merito a possibili oneri di indennità da riconoscere al concessionario uscente). Questa indicazione può allora essere vista come un vincolo di sostanza per il legislatore delegato a prevedere meccanismi che accollino su altri soggetti (come i concessionari subentranti) e non sulla finanza pubblica tali oneri.

5. I principi della delega legislativa

Non potendo ovviamente essere una delega 'in bianco' perché incostituzionale, per rispettare il dettato dell'articolo 76 della Costituzione, l'esercizio della funzione legislativa viene delegato al governo *"con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti"*. E così è avvenuto anche per la delega in materia di affidamento delle concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali per finalità turistico-ricreative che al secondo comma dell'art. 2-ter dell'emendamento presentato del Governo indica i principi e i criteri direttivi che i decreti legislativi venturi dovranno seguire al fine di esercitare in maniera corretta la delega. Per esempio, per ciò che concerne più propriamente il tema della concorrenza, il Governo dovrà stabilire come principio ordinatore che l'affidamento delle concessioni in questione avvenga sulla base di *procedure selettive* nel rispetto dei principi di imparzialità, non discriminazione, parità di trattamento, massima partecipazione, trasparenza e adeguata pubblicità, da avviare con adeguato anticipo rispetto alla loro scadenza (cfr. comma 2 lett. b). Dunque, qui vengono richiamati tutti i principi che informano il diritto amministrativo, quelli inerenti all'imparzialità e quelli che realizzano l'uguaglianza tra i possibili concorrenti, imponendo al legislatore di svolgere una necessaria predeterminazione legale in tempi equi e rispettosi dei valori in gioco. Non può non notarsi che i principi individuati sono un chiaro richiamo all'art. 12 della direttiva Bolkestein già preso in considerazione. Ma non sono questi gli unici principi per l'affidamento, perché infatti occorrerà anche prestare adeguata considerazione degli *investimenti*, del valore



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

aziendale dell'impresa e dei beni materiali e immateriali, della professionalità acquisita; nonché valorizzare maggiormente gli *obiettivi di politica sociale*, della salute e della sicurezza dei lavoratori, della protezione dell'*ambiente* e della salvaguardia del patrimonio culturale (cfr. comma 2 lett. c). In questo modo sarà necessario giungere a una non immediata sintesi tra i principi economici-produttivi e dall'altra i valori più sociali come la tutela della salute umana e la tutela dell'ambiente circostante che oggi non possono più essere trascurati.

Consci poi del carattere a disponibilità limitata dei beni che saranno oggetto della procedura di affidamento, il Governo sarà chiamato a considerare i casi in cui sia possibile procedere al *frazionamento delle aree demaniali*, così da realizzare più piccoli lotti da affidare in concessione, al fine di favorire la partecipazione di microimprese e piccole imprese che altrimenti sarebbero escluse dal gioco competitivo, con una lesione del principio di concorrenzialità⁷⁵⁵ (cfr. comma 2 lett. d). Sempre in un'ottica di maggior garanzia per la collettività, il Governo non sarà chiamato ad esercitare la delega tenendo conto solamente del rispetto della concorrenza, ma dovrà anche garantire la presenza di una serie di *diritti ai consociati*, contemperando le ragioni e le esigenze economiche con una serie di diritti dei bagnanti come il diritto di accesso al mare e di passaggio in spiaggia⁷⁵⁶.

6. I criteri per le procedure selettive di affidamento

Attraverso l'emendamento governativo al d.d.l. Concorrenza 2021 sono stati definiti anche i criteri per realizzare una disciplina uniforme delle procedure selettive di affidamento delle cd. concessioni balneari. La disciplina in questione viene sviluppata all'art. 2-ter comma 2 lettera e). Tali criteri sono volti a individuare dapprima i requisiti di ammissione che dovranno favorire la massima partecipazione di imprese, anche di piccole dimensioni, e di enti del terzo settore. La scelta del concessionario dovrà poi, tenere adeguatamente conto della *qualità e delle condizioni del servizio* che l'offerente si propone di offrire agli utenti, tra cui rilevano gli interventi per migliorare l'accessibilità e la fruibilità del demanio ed il minor impatto possibile sul *paesaggio, sull'ambiente e sull'ecosistema* (p. es. si dovranno preferire attrezzature non fisse e amovibili). La tutela dell'ambiente e dell'ecosistema sono precisi richiami alla recente riforma costituzionale che ha ribadito espressamente in Costituzione una serie di limiti all'iniziativa economica privata, anche nell'interesse delle future generazioni (cfr. artt. 9 e 41 Cost., dopo L. cost. 11 febbraio 2022, n. 1).

⁷⁵⁵ BARTOLINI A., FANTINI S., *Le ragioni della specialità, principi e storia del diritto amministrativo*, Sant'Arcangelo di Romagna, Maggioli editore, 2017, p. 143.

⁷⁵⁶ L'esecutivo dovrà dapprima procedere alla determinazione di criteri omogenei per l'individuazione delle aree suscettibili di affidamento in concessione, dovendo allo stesso tempo assicurare un equilibrio tra le aree demaniali in concessione e le aree libere, nonché la presenza di varchi per il libero e gratuito accesso alla battigia, con la previsione di sanzioni nel caso in cui il titolare della concessione ostacoli tale facoltà (cfr. comma 2 lett. a dell'art. 2-ter).



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Ulteriormente, ai fini della scelta del concessionario si dovranno valorizzare *l'esperienza tecnica e professionale* già acquisita in relazione all'attività oggetto di concessione o ad analoghe attività di gestione di beni pubblici, in base a quanto afferma espressamente la norma, applicando i criteri di proporzionalità e di adeguatezza e, comunque, in maniera tale da non precludere l'accesso al settore di nuovi operatori. Per non sfavorire la posizione di quanti hanno già compiuto investimenti economici sarà valorizzata e tenuta debitamente in considerazione la posizione dei soggetti che, nei cinque anni precedenti l'avvio della procedura selettiva, hanno utilizzato la concessione (in via diretta o indiretta) quale prevalente fonte di reddito. Allo stesso modo dovrà essere un criterio guida per la riforma della materia la previsione di *clausole sociali* volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato nell'attività del concessionario uscente, dovendo in questo modo approntare una serie di garanzie di politica sociale e di tutela dell'occupazione a presidio di valori che vanno necessariamente bilanciati con il principio della libera concorrenza.

7. La disciplina normativa delle future concessioni balneari

In base ai criteri fissati dalla delega legislativa che il Governo sarà chiamato a seguire nell'adozione e successiva emanazione dei decreti delegati, occorre precisare come sia stato stabilito che la *durata della concessione* oggetto della riforma dovrà essere "per un periodo non superiore a quanto necessario per garantire al concessionario l'ammortamento e l'equa remunerazione degli investimenti autorizzati dall'ente concedente in sede di assegnazione della concessione e comunque da determinarsi in ragione dell'entità e della rilevanza economica delle opere da realizzare con divieto espresso di proroghe e rinnovi anche automatici" (cfr. art. 2-ter comma 2 lett. e) n. 6)⁷⁵⁷.

Inoltre, i decreti delegati dovranno andare a definire una serie di criteri uniformi per la quantificazione dei *canoni annui della concessione* che tengano conto del pregio naturale e dell'effettiva redditività delle aree demaniali da affidare in concessione. Una quota del canone annuo richiesto per la concessione dovrà essere poi riservata all'ente concedente il quale la dovrà destinare necessariamente a interventi di difesa delle coste e di miglioramento

⁷⁵⁷ Consiglio di Stato, Ad. Plen., del 9 novembre 2021, n. 17, p. 49 della motivazione in fatto e diritto, dove si afferma che: la durata delle concessioni dovrebbe essere limitata e giustificata sulla base di valutazioni tecniche, economiche e finanziarie, al fine di evitare la preclusione dell'accesso al mercato. Al riguardo, sarebbe opportuna l'introduzione a livello normativo di un limite alla durata delle concessioni, che dovrà essere poi in concreto determinata (nell'ambito del tetto normativo) dall'amministrazione aggiudicatrice nel bando di gara in funzione dei servizi richiesti al concessionario. La durata andrebbe commisurata al valore della concessione e alla sua complessità organizzativa e non dovrebbe eccedere il periodo di tempo ragionevolmente necessario al recupero degli investimenti, insieme ad una remunerazione del capitale investito o, per converso, laddove ciò determini una durata eccessiva, si potrà prevedere una scadenza anticipata ponendo a base d'asta il valore, al momento della gara, degli investimenti già effettuati dal concessionario.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

della fruibilità delle aree demaniali libere.

Un ulteriore problema al quale i decreti delegati dovranno porre rimedio consiste nell'apprestare una certa tutela alla *posizione del concessionario uscente* per quanto riguarda il mancato ammortamento degli investimenti realizzati nel corso del rapporto concessorio attuale. Rapporto che, a decorrere dal 31 dicembre 2023, dovrà necessariamente terminare, giacché "tutte le concessioni demaniali in essere dovranno considerarsi prive di effetto, indipendentemente da se vi sia o meno un soggetto subentrante nella concessione" come specifica lapidariamente l'Adunanza plenaria a conclusione della pronuncia pubblicata il 9 novembre 2021⁷⁵⁸. L'esecutivo sarà dunque chiamato a stabilire una serie di criteri uniformi e a quantificare l'indennizzo che il concessionario subentrante dovrà riconoscere al concessionario uscente comprensivo del mancato ammortamento degli investimenti realizzati e della perdita dell'avviamento connesso ad attività commerciali o di interesse turistico poste in essere. Una forma di indennizzo era in realtà già prevista anche dal Consiglio di Stato nella misura "pari al rimborso di tante quote parti del costo delle opere quanti sono gli anni mancanti al termine di scadenza fissato".

Un'importante previsione, innovativa sul piano del diritto e volta a garantire l'efficacia della disciplina della concorrenza, è quella inserita all'*art. 2-ter comma 2 lett. i)* dell'emendamento in questione, che invita il Governo a definire il numero massimo di concessioni di cui potrà essere titolare, in via diretta o indiretta, uno stesso concessionario a livello comunale, provinciale, regionale o nazionale, prevedendo così una serie di obblighi informativi in capo all'ente concedente in relazione alle concessioni affidate al fine di verificare il rispetto del numero massimo. L'intento è appunto quello di favorire l'accesso delle microimprese e delle piccole imprese alle procedure selettive di affidamento, così da scongiurare che si ripetano casi di concentrazione di più concessioni nello stesso soggetto.

A conclusione della disamina dei principi e dei criteri che dovranno ispirare l'esercizio del potere delegato da parte del Governo nell'approntare la normativa di riordino del settore, è interessante sottolineare come la stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato abbia proposto cautamente, nel rispetto del tradizionale principio di separazione dei poteri, una serie di importanti criteri che il legislatore avrebbe potuto seguire per delineare la disciplina delle future concessioni balneari. Tra questi criteri il giudice amministrativo ha indicato i principi di imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento, tenendo in considerazione allo stesso modo "*la salute pubblica, gli obiettivi di politica sociale e del lavoro, la sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, la protezione dell'ambiente, la salvaguardia del patrimonio culturale e altri motivi imperativi*

⁷⁵⁸ Cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., del 9 novembre 2021, n. 18, p. 48 della motivazione in fatto e diritto. Pertanto, l'Adunanza plenaria, consapevole della portata nomofilattica della presente decisione, della necessità di assicurare alle amministrazioni un ragionevole lasso di tempo per intraprendere sin d'ora le operazioni funzionali all'indizione di procedure di gara, nonché degli effetti ad ampio spettro che inevitabilmente deriveranno su una moltitudine di rapporti concessori, ritiene che tale intervallo temporale per l'operatività degli effetti della presente decisione possa essere congruamente individuato al 31 dicembre 2023.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

*d'interesse generale conformi al diritto comunitario, così come gli standard qualitativi dei servizi e la sostenibilità sociale e ambientale del piano degli investimenti*⁷⁵⁹. Criteri che sembrano essere stati accolti con favore nell'emendamento governativo.

Sul tema maggiormente spinoso del legittimo affidamento che si è nel frattempo ingenerato negli attuali titolari di concessioni, affidamento che sarebbe funzionale ad ammortizzare gli investimenti effettuati, occorre ricordare l'intervento della Corte di giustizia che ha sottolineato come *"gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni legate a motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario"*, in questo modo la CGUE non ha fatto altro che ribadire testualmente l'art. 12 par. 3 della direttiva 2006/123/CE. È comunque una precisazione opportuna perché si chiarisce definitivamente che si può tenere conto di tali considerazioni *"solo al momento di stabilire le regole della procedura di selezione dei candidati potenziali"* e che comunque necessiti al riguardo *"una valutazione caso per caso che consenta di dimostrare che il titolare dell'autorizzazione poteva legittimamente aspettarsi il rinnovo della propria autorizzazione e ha effettuato i relativi investimenti"* (sentenza *Promoimpresa*)⁷⁶⁰. Si vedrà nel prosieguo come l'emendamento del Governo abbia cercato di porre un rimedio a quei casi di "preferenza automatica per i gestori uscenti che potrebbero tradursi in un'asimmetria a favore dei soggetti che già operano sul mercato (circostanza che potrebbe verificarsi anche nell'ipotesi in cui le regole di gara consentano di tenere in considerazione gli investimenti effettuati senza considerare il parametro di efficienza quale presupposto di apprezzabilità dei medesimi)".

8. Profili comparatistici nel contesto europeo

Interessante sia sotto il profilo pratico che quello accademico è indagare cosa accada nei Paesi europei limitrofi. Nel 2017 la Direzione generale politiche interne - Parlamento europeo ha realizzato uno studio sulle concessioni balneari nel contesto europeo⁷⁶¹, prendendo in considerazione i modelli di quei Paesi che possono essere *"considerati competitors dell'Italia in relazione all'oggetto di indagine"*, rivolgeva l'attenzione a Francia, Portogallo, Spagna, Croazia. Non potendo prendere in considerazione per ragioni espositive tutti i vari aspetti trattati dall'analisi, si richiama qui l'attenzione sul profilo della durata delle concessioni balneari negli altri Paesi, vista l'importante attinenza col tema. I riferimenti sono tutti all'anno 2017⁷⁶². In Francia la competenza al rilascio delle concessioni spetta allo Stato,

⁷⁵⁹ Consiglio di Stato, Ad. Plen., del 9 novembre 2021, n. 17, p. 49 della motivazione in fatto e diritto.

⁷⁶⁰ Corte di giustizia U.E., 14 luglio 2016, in cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa*, p. 56 della motivazione.

⁷⁶¹ Concessioni balneari in Italia e Direttiva 2006/123/CE nel contesto europeo, studio per la Commissione PETI, 2017, disponibile su <https://www.europarl.europa.eu/RegData/STUD/2017/IPO596809_IT.pdf>.

⁷⁶² *Un uguale approfondimento è disponibile anche sul sito della Camera dei deputati, v. Le*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

a mezzo del prefetto, e sempre all'interno della stessa norma viene stabilito che la durata delle concessioni di spiaggia finalizzate allo sfruttamento di specifici tratti di litorale non possa eccedere i dodici anni (art. 1 del *décret n. 2006-608*). Il Portogallo è un Paese "dove la vincolatività del principio di gara è notevolmente ridimensionata in ragione delle previsioni sulla durata" che può raggiungere i settantacinque anni e che, entro questo limite, la stessa viene fissata caso per caso in relazione al numero degli investimenti associati al bene e alla loro rilevanza economica e ambientale. Negli anni sono stati sollevati dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione anche per la Spagna dove la durata dei rapporti concessori è fissata in via regolamentare. Qui dalla riforma del 2013 il termine massimo è di settantacinque, prorogabili per ulteriori settantacinque anni. In Croazia, infine, in base al *Maritime domaine and seaports act* le concessioni possono avere una durata compresa tra i cinque e novantanove anni, in base a una serie dettagliata di criteri da considerare.

Da questo veloce confronto si capisce come ad oggi difetti una disciplina unica a livello comunitario e, come è stato giustamente rilevato in dottrina, la disciplina delle concessioni balneari sono "un tema che si dimostra attuale e rilevante poiché le condizioni di accesso al mercato, senza garanzie di reciprocità con altri Paesi europei nostri diretti concorrenti, possono avere l'effetto di smantellare le basi dell'industria balneare della Penisola"⁷⁶³.

9. Conclusioni in una prospettiva de iure condendo

Se l'emendamento del Governo sarà approvato dal Parlamento italiano, l'esecutivo avrà, come si è visto, sei mesi di tempo dalla data di entrata in vigore della Legge concorrenza 2021 per esercitare la delega e adottare uno o più decreti legislativi volti a riordinare e semplificare la disciplina in materia di concessioni demaniali marittime (v. art. 2-ter, comma 1). Dunque, non si prospetta un intervento di totale trasformazione del settore, ma più propriamente un riordino e una semplificazione normativa che il Governo dovrà operare alla luce di quei principi e criteri direttivi che sono stati in precedenza analizzati e che ad oggi costituiscono il disegno di legge delega che il Parlamento dovrà discutere e possibilmente approvare. Il percorso parlamentare di tale provvedimento (AS 2469) è in realtà non del tutto scontato: attualmente si trova al Senato, in corso di esame in Commissione permanente Industria, commercio, turismo in sede referente, e non è affatto detto che il testo proposto dal Governo non subisca modifiche già nel corso

concessioni demaniali marittime in Croazia, Francia, Grecia, Portogallo e Spagna, in Camera.it, consultabile direttamente alla pagina web:

<https://temi.camera.it/leg17/post/le_concessioni_demaniali_marittime_in_croazia__francia__grezia__portogallo_e_spagna.html?tema=temi/gli_immobili_publici>.

⁷⁶³ CERRINA FERONI G., *La gestione del demanio costiero, un'analisi comparata in Europa*, in *Federalismi.it*, n. 4 2020, p. 24, consultabile su: *< https://www.federalismi.it/nv14/articolo_documento.cfm?Artid=41061>.*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

dell'approvazione all'interno della Commissione oppure in seguito quando verrà discusso dall'intera Assemblea. Al 18 marzo 2022 risultavano infatti depositate 262 proposte di emendamenti, presentate da senatori e gruppi parlamentari per modificare il d.d.l. concorrenza in materia di concessioni balneari⁷⁶⁴.

Nonostante il dovuto grado di incertezza che concerne l'approvazione del testo definitivo di legge, va riconosciuto che l'intento del Governo, più volte manifestato anche ai *media* nazionali, è quello di giungere da gennaio 2024⁷⁶⁵ ad avere concessioni balneari assegnate attraverso nuove gare, che garantiscano un utilizzo attento e sostenibile del demanio, favorirne la pubblica fruizione e che al contempo promuovano la concorrenza per un settore trainante dell'economia italiana, senza però dimenticare tutte quelle "esperienze positive che non dovranno assolutamente essere disperse"⁷⁶⁶.

L'obiettivo del Governo è adesso quello di giungere entro giugno all'approvazione del d.d.l. concorrenza ed entro dicembre 2022 adottare i decreti legislativi così da indire le nuove procedure di affidamento in tempi congrui⁷⁶⁷.

La speranza è di non dover ancora una volta affermare che tra il dire e il fare c'è di mezzo il mare⁷⁶⁸.

⁷⁶⁴ Cfr. *Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (2469), emendamento 2.0.1000 e relativi subemendamenti*. Il documento completo di tutti gli emendamenti è disponibile sul sito istituzionale del Senato della Repubblica: <senato.it>.

⁷⁶⁵ Occorre rilevare come proprio negli ultimi giorni fonti del Governo abbiano paventato la possibilità realizzare un periodo transitorio fino al 31 dicembre 2025, per consentire di svolgere le procedure di affidamento in tutti i Comuni italiani. Ovviamente tale periodo dovrà essere introdotto di concerto con le istituzioni Ue e già da ora è possibile evidenziare una serie di criticità che si verrebbero a porre con le pronunce della Corte di giustizia e del Consiglio di Stato. Uguale fermento si rinviene anche sul versante giurisdizionale dove, nelle settimane scorse, è stato presentato ricorso in Cassazione per motivi di giurisdizione avverso le sentenze gemelle del Consiglio di Stato sia dal Sindacato italiano balneari che ad *adiuvandum* dalla Regione Abruzzo.

⁷⁶⁶ Così Mariastella Gelmini, ministro per gli Affari regionali e le autonomie, che ha affermato: "Fermo il principio della gara, verranno valorizzate alcune specificità come gli investimenti, il valore aziendale, la tutela per i dipendenti (che sarà garantita anche se la concessione dovesse essere assegnata ad un nuovo soggetto), la qualità dei servizi offerti, il rispetto dell'ambiente e del paesaggio, e le piccole gestioni, quelle a conduzione familiare, tanto presenti nelle nostre spiagge. Un grande passo in avanti per tutelare gli operatori del settore e anche i dirigenti dei Comuni, che senza questa regolamentazione rischiano risvolti giudiziari". Tale inciso è tratto da *Balneari: via libera dal Governo all'emendamento su ddl Concorrenza, ora l'esame del Parlamento*, in *Regioni.it*, consultabile online <<http://www.regioni.it/newsletter/n-4237/del-16-02-2022>>.

⁷⁶⁷ Dalla Relazione al disegno di legge 2469 – XVIII legislatura.

⁷⁶⁸ CAMAIANI A., *Tra diritto di insistenza e gare c'è di mezzo il mare*, in *LaCostituzione.info*, 3 aprile 2022.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Semplificazione e *capacity building* nell'organizzazione giudiziaria. Nuove figure professionali e ruolo dell'Università

di Armando Lorusso*

24 maggio 2022

Sommario: 1. Premessa. – 2. Semplificazione ed effettività della tutela giurisdizionale. Strumenti innovativi di *capacity building* dell'organizzazione giudiziaria: l'ufficio per il processo. – 3. Processo, legislazione emergenziale, PNRR e nuove professionalità. – 4. (*Segue*): l'Università quale laboratorio per le nuove professionalità della giustizia. – 5. Linee ricostruttive per una ricerca.

Abstract: Il bisogno di semplificare l'attività amministrativa non è solo una conseguenza della necessità di rispettare i vincoli di bilancio dell'Unione Europea, ma anche della necessità di adeguare i processi decisionali dell'amministrazione interna ai parametri sovranazionali. Questo è cruciale per garantire un'adeguata attuazione dei principi generali dell'attività amministrativa e per raggiungere in modo efficiente i risultati prefissati. Le riforme che si sono susseguite hanno fortemente influenzato il sistema giurisdizionale, mirando a renderlo più efficiente, e al contempo a garantire un utilizzo più razionale ed efficiente delle risorse economiche disponibili. Attraverso l'analisi dei più recenti sviluppi normativi, inclusi quelli di carattere emergenziale, il presente saggio pone in evidenza come l'intero apparato amministrativo sia stato influenzato da plurimi istituti. Sebbene alcuni di essi abbiano semplificato i processi decisionali, altri hanno generato incertezza all'interno della già complessa macchina burocratica amministrativa.

The need to simplify administrative activity is not only a consequence of the need to comply with the budgetary constraints of the European Union, but also of the need to adjust the decision-making processes of the domestic administration to supranational parameters. This is crucial to ensure proper implementation of the general principles of administrative activity and to efficiently achieve the intended results. Successive reforms have strongly influenced the jurisdictional system, aiming to make it more efficient, while at the same time ensuring a more rational and efficient use of available economic resources. Through analysis of the most recent regulatory developments, including those of an emergency nature, this essay highlights how the entire administrative apparatus has been affected by multiple institutions. Although some of them have simplified decision-making processes, others have generated uncertainty within the already complex administrative bureaucratic machine.

1. Premessa

Il processo di semplificazione e accelerazione dei procedimenti di *governance*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

pubblica, com'è noto, risale a tempi non recenti. La semplificazione amministrativa⁷⁶⁹, intesa come «snellimento dell'attività amministrativa e riduzione degli adempimenti incombenti sui cittadini (esibizione di certificati, autenticazioni di firme, etc.)»⁷⁷⁰ costituisce uno dei temi centrali delle riforme legislative nell'ultimo trentennio. L'esigenza di semplificare l'attività amministrativa⁷⁷¹ riviene – primariamente – da un duplice ordine di circostanze: a) la necessità di rispettare i sempre più stringenti vincoli di bilancio derivanti dall'assetto politico-istituzionale eurounitario; b) l'esigenza di adeguare i processi decisionali dell'amministrazione interna ai parametri sovranazionali⁷⁷².

⁷⁶⁹* Dottorando di ricerca in Economia e Finanza delle Amministrazioni pubbliche, Dipartimento di Economia e Finanza, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro"; assegnista di ricerca in Diritto amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

Tra i numerosi e autorevoli contributi sul tema della semplificazione amministrativa cfr., V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Contributo allo studio della semplificazione amministrativa*, Milano, 2000; G. ARENA, *La semplificazione della documentazione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 299 ss.; P. LAZZARA, *Principio di semplificazione e situazioni giuridico-soggettive*, in *Dir. amm.*, 2011, 679 ss. M. CLARICH, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 679 ss.; ID., *riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2020, 159 ss.; L. CESARINI, *I tempi del procedimento ed il silenzio*, in AA.VV., *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, B. CAVALLO (a cura di), Torino, 2001, 29 ss.; F. SALVIA, *La semplificazione amministrativa: tra scorciatoie procedurali e semplicismi mediatici*, in *Nuove autonomie*, 2008, 447 ss.; G. VESPERINI, *La fatica di semplificare*, in *Gior. dir. amm.*, 2013, 345 ss.; ID., *Le norme generali sulla semplificazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 629 ss.; G. SPINA, *La semplificazione amministrativa come principio dell'essere e dell'agire dell'amministrazione*, Napoli, 2014; M. OCCHIENA, *Il coraggio di semplificare*, in *Dir. econ.*, 2020, 1 ss.

⁷⁷⁰ Così, P. GIAQUINTO, *Diritto regionale e degli enti locali*, Milano, 2018, 45 ss.

⁷⁷¹ Cfr., F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato 'responsabilizzato'*, in *federalismi.it*, 2020, 67 ss.

⁷⁷² Si veda – ad esempio – l'esperienza francese che dimostra, ormai da tempo, una forte tendenza alla modernizzazione dei moduli amministrativi. Sul tema cfr. S. CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, 79 ss.; M. VERONELLI, *La nuova disciplina del silenzio in Francia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 555 ss.; E. MOSTACCI, *Strumenti consensuali e semplificazione: la Francia sulla via della modernizzazione amministrativa*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2006, 340 ss.; C. BERTOLINI, *La sussidiarietà amministrativa, ovvero la progressiva affermazione di un principio*, in *Dir. amm.*, 2007, 895 ss.; S. DUROY, P. JACOB, F. POIRAT, F. ROLIN, *Sviluppi di diritto amministrativo francese*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 965 ss.; F.P. CESARE, *"Performance" ed efficienza del settore pubblico italiano: comparazione con Francia, Germania, Giappone, Regno Unito (1980-2010)*, in *Amministrare*, 2015, 33 ss.; P. DURET, *"Governazione" mediante agenzie. Riflessioni in chiaroscuro su uno studio del "Conseil d'État" francese*, in *federalismi.it*, 2015, 2-72; M. CALDERARO RICCIARDO, *Il soccorso istruttorio nelle procedure ad evidenza pubblica: una comparazione con l'ordinamento francese*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 847 ss.; F. DE FALCO, *Il silenzio assenso in Francia. Questioni applicative a confronto con l'esperienza italiana*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2016, 150; D. OCCHETTI, *Le politiche di semplificazione amministrativa in Francia, con particolare riferimento al silenzio-assenso e al regime della "déclaration préalable"*, in *GiustAmm.it*, 2016, 5 ss.; A. VENANZONI, *Il perimetro della pubblica amministrazione nell'esperienza giuridica italiana, francese e inglese*, in *GiustAmm.it*, 2017, 2 ss.; G. CREPALDI, M. RICCIARDO CALDERARO, *La riforma del procedimento amministrativo in Spagna e Francia - The reform*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Tale fenomenica costituisce uno degli strumenti funzionali all'attuazione concreta dei principi generali dell'attività amministrativa⁷⁷³ sanciti dalla legge sul procedimento amministrativo⁷⁷⁴ (legge 7 agosto 1990, n. 241, ss.mm.ii.⁷⁷⁵) che postula i principi di efficacia, efficienza ed economicità dell'agere pubblico⁷⁷⁶. Tanto, come non ha mancato di evidenziare già autorevole dottrina⁷⁷⁷, risulta possibile – esclusivamente – attraverso una visione utilitaristica della funzione pubblica⁷⁷⁸, intesa quale attività preordinata a soddisfare

intervened on the Spain and France's administrative systems, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2017, 693 ss.; S. SASSI, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *Analisi giur. econ.*, 2019, 109 ss.

⁷⁷³ In generale sul tema cfr. M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa* (voce), in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 988 ss.; E. CASETTA, *Attività amministrativa* (voce), in *Dig. pubbl.*, I, 1987, 522 ss.; B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in AA.VV., *Trattato di diritto amministrativo*, G. SANTANIELLO (diretto da), III, Padova, 1993, 587 ss.; M. NIGRO, *Lineamenti generali*, in AA.VV., *Manuale di diritto pubblico*, G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), V ed., Bologna, 1997, 7 ss.; G. FALCON, *L'attività*, in *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Padova, 2005; B. G. MATTARELLA, *Attività amministrativa* (voce), in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, S. CASSESE (a cura di), Milano, 2006, 520; F. G. SCOCA, *Attività amministrativa* (voce), in *Enc. dir.*, Agg. VI, 75 ss.; D. SORACE, *Atto amministrativo* (voce), in *Enc. dir.*, Ann., III, Milano, 2010, 46 ss.; R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 2006.

⁷⁷⁴ Sul tema si veda M. SCAFOLETTI, *Appunti sulla legge di riforma del procedimento amministrativo 7.8.1990, n. 241 e successive modifiche*, in *Nuovo dir.*, 2004, 1063 ss.; G. STUMPO, *La riforma del procedimento amministrativo*, in *Riv. trim. appalti*, 2005, 539 ss. Più di recente cfr., F. CAPORALE, *Semplificare la complessità: il coordinamento amministrativo a trent'anni dalla legge sul procedimento - Simplifying complexity: administrative coordination thirty years after the law on administrative procedure*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 443 ss.

⁷⁷⁵ L. n. 241/1990, "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi", come da ultimo modificata dal d.l. n. 31/2021, convertito, con modificazioni, in l. n. 108/2021.

⁷⁷⁶ Cfr., A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, IV, Napoli, 1957, 249 ss.; R. BERTINI, *Il principio di efficienza in scienza dell'amministrazione*, Milano, 1968; O. SEPE, *L'efficienza nell'azione amministrativa*, Milano, 1975, 14 ss.; A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979, 21 ss.; F. MODUGNO, *Efficiacia* (voce), in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, S. CASSESE (a cura di), III, Milano, 2006, 2135 ss.; *ivi*, L. MERCATI, *Efficienza della pubblica amministrazione*, 2143 ss.; U. COMITE – R. ROLLI, *Efficienza, efficacia ed economicità: "percorsi aziendali" per la pubblica amministrazione*, in *Giust. amm.*, 2008, 326 ss.; M. ASPRONE, A. BUFALINI, *L'esercizio della discrezionalità nell'attività della p.A.*, in *Nuova rass. leg. dottrina giur.*, 2009, 723 ss. Più di recente si veda, R. FRATTO, E. GRIPPAUDO, *La maschera della discrezionalità: sull'esercizio costituzionalmente disorientato del potere amministrativo*, in *Corriere giur.*, 2018, 1486 ss.; F. MASTRAGOSTINO, *Brevi considerazioni su efficienza amministrativa, etica pubblica e ruolo della Corte dei conti*, in *Ist. federalismo*, 2019, 197 ss.

⁷⁷⁷ Così già M.A. SANDULLI, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, in AA.VV., *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), Torino, 2004, 246 ss.

⁷⁷⁸ Cfr., E. CHITI, *La dimensione funzionale del procedimento*, in AA.VV., *Le amministrazioni pubbliche tra conservazione e riforme*, Milano, 2008, 208 ss. L'A. pone in risalto, il contributo di Giannini, che rinviene l'apertura della nuova fase della dimensione procedimentale nell'opera di Donati, Borsi, Presutti, Forti e Bracci; si rinvia, dunque, a M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo* (voce), in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 157.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

– a latere dell'interesse pubblico – anche i bisogni dei cittadini e delle imprese. Ciò può dirsi compendiato nella formula della c.d. amministrazione per risultati⁷⁷⁹, che spiega la necessaria interrelazione tra la pianificazione degli obiettivi e il raggiungimento dei risultati in modo efficiente, efficace ed economico.

La semplificazione⁷⁸⁰ dell'attività amministrativa deve essere attuata – seppur nelle diversità che caratterizzano i singoli rami dell'amministrazione – all'interno dell'intero apparato amministrativo. È bene rammentare, infatti, che le riforme amministrative⁷⁸¹ e legislative⁷⁸²

⁷⁷⁹ Sul tema, si rinvia a taluni fra i contributi più autorevoli: S. CASSESE, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 699 ss.; ID., *Che cosa vuol dire "amministrazione di risultati"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 920 ss.; L. IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Introduzione al buon andamento della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Roberto Marrama*, I, Napoli, 2012, 103 ss.; V. CAPUTI JAMBRENGHI - A. ANGIULI, *Forma e sostanza del principio di legalità nell'esercizio di pubblici poteri*, in *GiustAmm.it*, 2013, 1-21; nonché, più di recente, C. D'ARGENTINE, *Azione amministrativa e rapporto con il cittadino alla luce dei principi di imparzialità e buon andamento*, Milano, 2019; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, VII, 2021, 268 ss.; G. GUZZARDO, *Note sull'amministrazione di risultato nella pianificazione strategica regionale delle risorse economiche: organi di valutazione e buon andamento*, in *Dir. soc.*, 2017, 905 ss.

⁷⁸⁰ Cfr. F. PATRONI GRIFFI, *Delegificazione e semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Cons. St.*, 1998, 1711 ss.

⁷⁸¹ Così, G. MELIS, *La pubblica amministrazione: una riforma mancata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 101 ss.; nonché si veda anche A. PAJNO, *Crisi dell'amministrazione e riforme amministrative*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, 549 ss.

⁷⁸² Si fa riferimento – specificamente – alla legge 15 marzo 1997, n. 59, c.d. "Bassanini", recante «*Delega al Governo per il conferimento di funzioni e compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa*», nonché alle successive leggi di modifica (15 maggio 1997, n. 127; 16 giugno 1998, n. 191; l. 8 marzo 1999, n. 50). La matrice della l. n. 59/1997 è, senza dubbio, sovranazionale, in quanto originata da spinte volte all'armonizzazione ed unificazione amministrativa degli apparati burocratici dei diversi Paesi membri dell'Unione europea. Intervento riformatore che imponeva, in particolare, l'attuazione di due principi: impone in particolare due principi: *i*) la semplificazione delle procedure amministrative e dei vincoli burocratici alle attività private; *ii*) il federalismo amministrativo, e dunque il perseguimento del massimo decentramento realizzabile con legge ordinaria, senza modifiche costituzionali. L'intento del legislatore di intervenire sull'attività amministrativa e sul buon andamento dell'amministrazione nel suo complesso, si è di poi ripetuto con il d.l. 24 giugno 2014, n. 90 e con la l. n. 28 agosto 2015, n. 124 (c.d. "Riforma Madia"), concretatasi nel conferimento al Governo di numerose deleghe per l'adozione di decreti legislativi in quattro macro-materie: semplificazione amministrativa, (ri)organizzazione dell'apparato pubblico; riqualificazione del personale della p.A.; semplificazione normativa. Appare utili rammentare che, con l'occasione, il legislatore ha coniato il nuovo istituto di cui all'art. 17-bis, l. n. 241/1990 (rubricato "Silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici") ed introdotto rilevanti regole in materia di "autotutela amministrativa" (art. 6, l. n. 124/2015). Sul tema cfr. F. BASSANINI, *Lo stato dell'amministrazione pubblica a vent'anni dal rapporto Giannini*, in *Funzione pubbl.*, 1999, 15 ss.; M. SANTINI, *Il buon andamento dell'azione amministrativa tra semplificazione procedimentale ed acquisizione di pareri. Le principali novità introdotte dalla "riforma Bassanini"*, in *Dir. econ.*, 1999, 119 ss.; F. PETRICONE, *Leggi di semplificazione della riforma amministrativa*, in *Giur. it.*, 2000, 672 ss.; G. MILANO, *La riforma Bassanini: alcune osservazioni*, in *Regioni e Comunità locali*, 2000, 23 ss.; A. PIZZOFERRATO,



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

in materia – finanche quelle introdotte⁷⁸³ per arginare le conseguenze derivanti dall'emergenza sanitaria – si sono incentrate su interventi relativi al procedimento amministrativo⁷⁸⁴ e alla partecipazione del cittadino ai processi decisionali⁷⁸⁵ inerenti alla

Sulla riforma della pubblica amministrazione, in *Lav. nelle p.A.*, 2008, 1041 ss.; A. PURCARO, *Stato dell'arte a quindici anni dalla legge Bassanini ed auspici per una riforma organica della categoria*, in *Nuova rass. leg. dottrina giur.*, 2012, 529 ss.; P. MARZARO, *Coordinamento tra Amministrazioni e silenzio-assenso*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 41ss.; P.L. PORTALURI, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.A.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, in *federalismi.it*, 2016, 1 ss.; F. PERRONE, *Il procedimento amministrativo dopo la Legge n. 124/2015 (c.d. Riforma Madia)*, in *Amministrativ@mente*, 2017, 1 ss.

⁷⁸³ Cfr. i recenti "decreti semplificazioni": decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale», convertito con modificazioni in legge 11 settembre 2020, n. 120 (*Gazzetta Ufficiale* 14 settembre 2020, n. 228); decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, «Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure», convertito con modificazioni in legge 29 luglio 2021, n. 108 (*Gazzetta Ufficiale* 30 luglio 2021, n. 108). Tra i contributi sul tema si veda M. BERTOLISSI, *Riformare la pubblica amministrazione "acqui està el busilis; Dios nos valga"*, in *federalismi.it*, 2021, 4 ss.; M. D'AMBROSIO, R. ROLLI, *L'algoritmo nella pubblica amministrazione. L'innovazione tecnologica come strumento di contrasto del "virus" Covid-19 e la necessità di una visione antropocentrica* - The algorithm in the Public Administration. The technological innovation as a tool to fight Covid-19 virus and the need for an anthropocentric vision, in *Dir. econ.*, 2021, 217 ss.

⁷⁸⁴ Tra i numerosi istituti di semplificazione si veda la conferenza di servizi di cui agli art. 11 ss., l. 241/1990, da ultimo rinnovata ad opera del d.lgs. n. 127/2016. Sulla conferenza di servizi si vedano il contributo di A. ANGIULI, *De-procedimentalizzazione dell'azione amministrativa e conferenza di servizi*, relazione svolta al convegno di studi sul tema "Azione amministrativa e procedimento. De-costruzione e prove di ristrutturazione", Bari, 13 maggio 2017. Sul tema cfr., altresì, M. BURICELLI, *La conferenza di servizi: uno strumento di semplificazione amministrativa*, in *Disc. comm.*, 2001, 985 ss.; M. SGROI, *La conferenza di servizi tra semplificazione procedimentale e amplificazione delle competenze*, in *Urb. appalti*, 2002, 1071 ss.; S. GRASSI, *Alcune osservazioni sul tema della conferenza dei servizi*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2004, 2089 ss.; C. TUBERTINI, *La conferenza di servizi: nuovi profili; La nuova disciplina della conferenza di servizi: la prima applicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 557 ss.; M. TALANI, *La Conferenza di servizi quale strumento procedimentale di coordinamento*, in *Giur. merito*, 2011, 544 ss.; G. VESPERINI, *Una ricerca sulla conferenza di servizi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 285 ss.; ID., *La nuova conferenza di servizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 578 ss.; F. SCALIA, *Prospettive e profili problematici della nuova conferenza di servizi*, in *Riv. giur. edil.*, 2016, 625 ss.; E. SCOTTI, *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismo*, in *federalismi.it*, 2016, 1 ss. Più di recente cfr., M. AVVISATI, *Conferenza di servizi e ponderazione degli interessi sensibili*, in *Munus*, 2018, 177 ss.; G. CLEMENTE, *Note in tema di conferenza di servizi* - Notes on the subject of services conference, in *Amministrativ@mente*, 2021, 163 ss.; P. CORLETO, *Verso una sostenibilità dell'ecosistema normativo: il caso della conferenza di servizi*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 805 ss.; P. MASCARO, *La conferenza di servizi tra semplificazione amministrativa e partecipazione procedimentale*, in *Amm. in cammino*, 2021, 1 ss.

⁷⁸⁵ Cfr., M. NIGRO, *Decisione amministrativa* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1962, 812; ID., *L'azione dei pubblici poteri. Lineamenti generali*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1996, 1587 ss.; A. NATALINI, *Formazione professionale* (voce), in *AA.VV.*, *Dizionario di diritto pubblico*, S. CASSESE (a cura di), III, Milano, 2006, 2589 ss.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

cosa pubblica⁷⁸⁶. Tale processo di semplificazione – di matrice anglosassone – e di c.d. *capacity building* dell'attività amministrativa⁷⁸⁷ ha inciso anche su altri settori dell'organizzazione amministrativa ed in particolare sulla giustizia, caratterizzata - com'è noto - da arretrati processuali⁷⁸⁸ e da meccanismi, talune volte, poco agili e non in grado di confrontarsi con le emergenze o le sollecitazioni sospinte dal mercato e dalla globalizzazione dello stesso.

Il sistema giudiziario, per vero caratterizzato da solide garanzie di autonomia e di indipendenza⁷⁸⁹, soffre di un fondamentale *gap* legato ai tempi di celebrazione dei processi. Problemi che, come già osservato, incidono negativamente sulla percezione della "qualità" della giustizia, offuscandone di conseguenza il valore, e che possono dirsi al centro dell'attenzione sia nel dibattito politico-istituzionale interno sia nelle competenti sedi europee⁷⁹⁰.

Tutti gli interventi legislativi in materia di giustizia che si sono susseguiti – sino a quelli più recenti volti ad arginare le conseguenze profilate dall'emergenza sanitaria – hanno

⁷⁸⁶ Cfr., C. MARI, *Il responsabile unico del procedimento nelle dinamiche organizzative delle amministrazioni pubbliche: tendenze e prospettive*, in *Dir. econ.*, 2021, 289 ss.

⁷⁸⁷ Sul tema si rinvia anche al lavoro di G. GUZZARDO, *Semplificazione amministrativa e competitività nel governo del territorio*, Bari, 2008.

⁷⁸⁸ Si evidenzia che – come riportato dalla Direzione Generale di Statistica e Analisi Organizzativa del Ministero della Giustizia, a causa dell'emergenza sanitaria, dal 2020 l'attività giudiziaria, già fortemente in crisi, ha subito un ulteriore rallentamento, dovuto alle restrizioni imposte dai decisori politici volte a limitare il diffondersi del fenomeno pandemico. In tema di arretrato processuale si vedano già i contributi di L. MINNITI, *Misurare l'arretrato: una proposta di analisi*, in *Questione giustizia*, 2011, 133 ss.; B. PERRONE, *Vere e false medicine per sveltire la giustizia civile. La piaga dello smaltimento degli arretrati*, in *Iustitia*, 2011, 331 ss.; nonché, R. CAPONI, *The Performance of the Italian Civil Justice System: An Empirical Assessment - Le prestazioni del sistema italiano di giustizia civile: una valutazione empirica*, in *The Italian Law Journal*, 2016, 15 ss.

⁷⁸⁹ La Corte costituzionale, fin dagli albori della sua giurisprudenza, ha affermato – nell'interpretare il combinato disposto degli artt. 101 e 104 cost. – che l'art. 101 cost., enunciando il principio dell'indipendenza del singolo giudice, ha inteso indicare che il magistrato nell'esercizio della sua funzione non ha altro vincolo che quello della legge. In tale assetto, l'art. 104 cost. pone il principio dell'organizzazione giudiziaria nel suo complesso, potendosi ritenere che l'ordine della magistratura non deve dipendere dal nessun altro potere dello Stato. Sull'elaborazione di tali principi si veda già Corte cost., 16 aprile 1959, n. 22, in *corte-costituzionale.it*. Si osserva inoltre che i principi dell'indipendenza della magistratura e della sua organizzazione sono oggi espressamente riconosciuti anche dall'art. 6 CEDU, il quale enuncia il diritto a che ogni individuo ha diritto «a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale». Sul tema si veda anche G. CERRINA FERONI, *Autonomia della magistratura e rapporto con la politica. Nodi vecchi e nuovi. Il contributo di Mauro Volpi*, in *Rivista AIC*, 2020, 396 ss. Per un riferimento estensivo dei principi alla magistratura amministrativa si veda, ID., *L'autogoverno della magistratura amministrativa nei Paesi dell'Unione europea. Percorsi di comparazione*, *Dir. pubbl. comp. eu.*, 2018, 25 ss.

⁷⁹⁰ Si veda, da ultimo, la Comunicazione della Commissione europea sulla digitalizzazione della giustizia del 2 dicembre 2020, nonché la Comunicazione della Commissione europea sulla strategia europea per la formazione giudiziaria «Garantire la giustizia nell'UE: una strategia europea di formazione giudiziaria per il periodo 2021-2024».



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

avuto ad obiettivo la messa a sistema dell'organizzazione giudiziaria verso un modello efficiente e competitivo; tanto in relazione all'assunto per cui l'efficienza del settore giudiziario rappresenta, per un verso, un valore ormai radicato nella cultura costituzionale interna ed europea e, per altro profilo, uno strumento di sostegno al funzionamento (corretto) dell'intera economia⁷⁹¹. Numerosi studi, infatti, hanno posto all'evidenza che un virtuoso *modus operandi* della giustizia, corretto e celere, in relazione al forte impatto sulle relazioni contrattuali e sulle scelte organizzative delle imprese, non può che avere effetti stimolanti per la concorrenza, consentendo un impiego razionale ed efficiente delle risorse all'interno del tessuto economico⁷⁹².

Le brevi riflessioni che seguono, dunque, muovendo sinteticamente da elementi più generali, mirano a porre in evidenza come il sistema amministrativo sia stato caratterizzato dall'affastellarsi di istituti che, se per un verso hanno avuto l'obiettivo di fungere da catalizzatore ed "efficientare" i processi decisionali in atto presso la complessa macchina burocratica, hanno per altra via – come accaduto al sistema organizzativo e funzionale della giustizia – indotto ad ulteriori elementi di incertezza. Ciò, attraverso l'analisi dei più recenti sviluppi normativi che hanno coinvolto – nell'ambito della c.d. legislazione emergenziale⁷⁹³

⁷⁹¹ Cfr. C. CASTELLI, *La giustizia più veloce accelera l'economia*, in *Questione giustizia*, 2011, 117 ss.

⁷⁹² Va rammentato – come si legge nel medesimo PNRR – che “*studi empirici dimostrano che una giustizia rapida e di qualità stimola la concorrenza, poiché accresce la disponibilità e riduce il costo del credito, oltre a promuovere le relazioni contrattuali con imprese ancora prive di una reputazione di affidabilità, tipicamente le più giovani; consente un più rapido e meno costoso reimpiego delle risorse nell'economia, poiché accelera l'uscita dal mercato delle realtà non più produttive e la ristrutturazione di quelle in temporanea difficoltà; incentiva gli investimenti, soprattutto in attività innovative e rischiose e quindi più difficili da tutelare; promuove la scelta di soluzioni organizzative più efficienti*”. È stato stimato, infatti, che una riduzione della durata dei processi civili possa accrescere la dimensione media delle imprese di circa il 10%, nonché un conseguente incremento del livello di produttività dell'economia italiana.

⁷⁹³ Cfr., da ultimo, A. CELOTTO, *Emergenza e pubblica amministrazione*, in *Riv. AIC.*, 2021, 422 ss.; C. RICCARDO, *Il principio della solidarietà tra generazioni tra mutualizzazione dei debiti e divieto di finanziamento monetario*, in *Rivista AIC*, 2021, 120 ss. Si veda altresì C. FIORAVANTI, *Deroghe, eccezioni e urgenza d'intervento: il processo decisionale nell'emergenza sanitaria*, in *Eurojus*, 2020, 256 ss.; C. BOTTARI, *Alcune riflessioni sui profili organizzativi ai tempi dell'emergenza*, in *federalismi.it*, 2020, 5 ss.; M. PICCHI, *Le prospettive post emergenza dell'Unione europea: tutela della salute e "welfare state" quali possibili motori di sviluppo dell'economia e del sistema produttivo*, in *Dir. pubbl. eu.*, 2020, 2 ss. In generale sul diritto amministrativo dell'emergenza cfr., V. ANGIOLI, *Necessità ed emergenza nel diritto pubblico*, Torino, 1986; R. CAVALLO PERIN, *Il diritto amministrativo dell'emergenza per fattori esterni all'amministrazione pubblica*, in *Dir. amm.*, 2005, 777 ss.; M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, in *Annuario AIPDA*, 2005, *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, 2006, 142 ss.; A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, 2008, 14 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 355 ss.; G. RAZZANO, *L'amministrazione dell'emergenza: profili costituzionali*, Bari, 2010; F. GIGLIONI, *Amministrazione dell'emergenza (voce)*, in *Enc. dir.*, Annali, VI, 2013, 44 ss.; M. CUONO, *Emergenza, crisi, sicurezza. Decisioni extra-ordinem tra governo centrale e amministrazioni locali*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2017, 17 ss.; E.



– il (già) complesso sistema organizzativo della giustizia.

2. Semplificazione ed effettività della tutela giurisdizionale. Strumenti innovativi di capacity building dell'organizzazione giudiziaria: l'ufficio per il processo

Come già osservato in premessa, il processo e i suoi attori ruotano intorno ad un apparato complesso: oggi – più che in passato – caratterizzato dalla necessità di apportare innovazioni nell'organizzazione⁷⁹⁴ e nell'espletamento delle proprie funzioni. Tanto in relazione alla staticità dei processi (soprattutto della giustizia civile) e all'elevato tasso di arretrato, che – ormai dal finire dello scorso secolo – dominano lo scenario della tutela dei diritti e delle libertà.

Deve subito precisarsi – senza pretesa di esaustività in questa sede⁷⁹⁵ – che, nonostante la *performance*⁷⁹⁶ della giustizia sia stata oggetto di un massiccio intervento volto ad elidere le conseguenze di una struttura lenta e poco efficiente, il sistema giudiziario risulta (ancora oggi) – tanto a livello organizzativo quanto funzionale – tra i più “arretrati” nello scenario europeo. La staticità e l'inefficienza della giustizia possono qualificarsi, come si anticipava, come veri e propri problemi strutturali del nostro ordinamento, derivandone un forte scoraggiamento verso gli investimenti (pubblici e privati) e, conseguentemente, un aumento esponenziale del costo creditizio e una diminuzione del livello occupazionale generale. Inefficienza che si traduce – inevitabilmente – in ineffettività della tutela giurisdizionale⁷⁹⁷, contravvenendo a quanto sancito dagli artt. 24, 103 e 113 Cost. e, a livello sovranazionale, negli artt. 19 del Trattato sull'Unione europea (Maastricht, 1992), 263 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (Lisbona, 2007-08) e 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Roma, 1950-53).

Le riforme della giustizia⁷⁹⁸, seppur nelle diverse specificità dei singoli interventi, si sono caratterizzate per l'obiettivo comune di mirare all'implementazione di strumenti atti a “velocizzare” i processi decisionali e ridurre il contenzioso arretrato, in soluzione di

CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, F. FRACCHIA (a cura di), Milano, XXII ed., 2020, 370 ss.; S. GARDINI, *Note sui poteri straordinari*, in *Dir. econ.*, 2020, 147 ss.

⁷⁹⁴ Cfr., M. ZAMBUCO, *La comunicazione e l'informazione nell'organizzazione della pubblica amministrazione*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2015, 417 ss.

⁷⁹⁵ Si ritiene, per vero, che sarebbe opportuno condurre un'analisi approfondita, dettagliata e distinta per aree geografiche, inerente alla qualità della domanda (e della risposta) del Sistema-giustizia. Ciò anche al fine di pervenire ad una razionale distribuzione delle risorse in relazione alle necessità delle singole realtà territoriali.

⁷⁹⁶ Cfr., D. ELTRUDIS, P. MONFARDINI, *La "performance" organizzativa in Italia: un'analisi critica*, in *Azienda pubbl.*, 2019, 165 ss.

⁷⁹⁷ Sul tema cfr., ROVELLI, *La crisi della giustizia civile: diagnosi e terapie*, in *Nuovo dir. soc.*, 2009, 5 ss.; F. VENTURA, F. VIPIANA, *Efficienza e giustizia: una rassegna della letteratura*, in *Quaderni giust. org.*, 2010, 11 ss.

⁷⁹⁸ Si veda già A. PIZZORUSSO, *Organizzazione della giustizia* (profili generali), in *Enc. dir.*, IV Agg., Milano, 2000, 910 ss.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

continuità con il processo di semplificazione dell'azione amministrativa⁷⁹⁹ nel suo complesso, volto a rendere effettivo il disegno costituzionale di buon andamento⁸⁰⁰.

Va, dunque, osservato che i primi istituti di efficientamento dell'ordinamento giudiziario risalgono a tempi non recenti: si può far riferimento non soltanto alla c.d. digitalizzazione processuale⁸⁰¹ (e cioè alla riconduzione del sistema-giustizia all'interno del processo di transizione informatica⁸⁰² e tecnologica⁸⁰³, tra cui emerge l'ormai indefettibile processo telematico, soprattutto civile e amministrativo) ma anche, e forse in misura ancor maggiore, alla "striata" platea di risorse umane messe a disposizione della macchina giudiziaria.

Si pensi, in primo luogo, all'emblematica figura dei giudici onorari⁸⁰⁴ (giudici di

⁷⁹⁹ Sul tema cfr., ancora, B. G. MATTARELLA, *Attività amministrativa*, op. cit., 520 ss.; nonché, F. FRENI, M. SINISI, *L'azione amministrativa nella l. n. 241 del 1990 e successive modificazioni*, in *Foro amm. - T.A.R.*, 2007, 55 ss.

⁸⁰⁰ Tra gli studi sul tema si veda S. PIGNATARO, *Il principio costituzionale del «buon andamento» e la riforma della pubblica amministrazione*, Bari, 2012. L'A., infatti, affronta il tema del buon andamento dell'amministrazione quale principio costituzionale declinabile nella triplice accezione dell'efficacia, efficienza ed economicità. Tanto, muovendo dalle disposizioni contenute nella Carta fondamentale, tenendo conto dell'ordinamento sovranazionale, poi esaminare i processi e gli istituti introdotti dal legislatore ordinario per darne attuazione sul piano concreto. L'A., invero, riteneva già che l'evoluzione dei contesti socio-economici, porti con sé un mutamento delle prospettive tali da orientare e condizionare l'opera legislativa, che incidono anche sulla rilevanza del principio in esame.

⁸⁰¹ Cfr., G. GUZZARDO, *Tempi del processo amministrativo ed effettività del diritto alla giustizia 'celere'*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 155 ss. Nonché, A. TALLARIDA, *Processo telematico e processo da remoto: come cambia il processo*, in *Rass. avv. Stato*, 2019, 181 ss.; F. DELVECCHIO, *Prospettive e tempi della digitalizzazione del processo*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 8 ss. Per le questioni inerenti al processo amministrativo si veda, di recente, P. CLARIZIA, *Il processo amministrativo e le sfide della digitalizzazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2021, 559 ss.

⁸⁰² Si rinvia a S. DETTORI, *Articolo 3 bis. Uso della Telematica*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione: saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), Torino, 2005, 173 ss.; F. COSTANTINO, *L'uso della telematica nella pubblica amministrazione*, in AA.VV., *L'azione amministrativa*, A. ROMANO (a cura di), Torino, 2016, spec. 242 ss.

⁸⁰³ Cfr., F. MANGANARO, *Trasparenza e digitalizzazione - Transparency and digitalization*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 25 ss.; S. SASSI, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2019, 109 ss.; R. TITOMANLIO, *L'amministrazione digitale: norme costituzionali e principi organizzativi*, in *GiustAmm.it*, 2019, 1-7; G. FASANO, *Le decisioni automatizzate nella pubblica amministrazione: tra esigenze di semplificazione e trasparenza algoritmica*, in *Riv. dir. media*, 2019, 234 ss.; G. PINOTTI, *Amministrazione digitale algoritmica e garanzie procedurali*, in *Labour & Law Issues*, 2021, 77 ss.; G. MARCHIANÒ, *Intelligenza artificiale: IA specifiche e l'amministrazione provvedimentoale - IA generali e i servizi pubblici - Artificial intelligence: specific AI and the administration - generic AI and the public services*, in *federalismi.it*, 2021, 137 ss.

⁸⁰⁴ Sul tema della magistratura onoraria e dei risvolti nell'assetto dell'organizzazione giudiziaria si veda già S. FORTUNA, *Partecipazione popolare e magistratura onoraria*, in *Civitas*, 1978, 49 ss.; P. CASADEI-MONTI, *Dalle terapie d'emergenza alla riforma dell'organizzazione giudiziaria*, in *La magistratura*, 1973, 2 ss.; A. ABBATE, *La domanda di giustizia. Giustizia ordinaria e giustizia onoraria*, in *Giust. e cost.*, 1996, 11 ss.; G. RANALDI, *Tutela costituzionale del processo giusto o*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

pace⁸⁰⁵, giudici onorari di tribunale, etc.) che, a partire dal R.D. 30 gennaio 1941, n. 12⁸⁰⁶ e in ossequio al dettato costituzionale di cui all'art. 106, co. 2 Cost.⁸⁰⁷, ha caratterizzato le plurime riforme dell'ordine giudiziario. Figure che, già nell'idea del costituente, si riteneva potessero apportare un supporto qualitativo e quantitativo al sistema giurisdizionale, soprattutto attraverso la devoluzione ad esse di funzioni necessarie alla rapida definizione del contenzioso. Le vicende che hanno però coinvolto la disciplina della magistratura onoraria – e dunque relative alla “precarietà” delle funzioni e alla mancanza di una disciplina che garantisse alla stessa prerogative essenziali all'esercizio della giurisdizione, neanche sopite dalla recente riforma attuata a mezzo del d.lgs. n. 116/2017⁸⁰⁸, ha mostrato l'evidente fragilità di tali strumenti, riveniente – in massima parte – dall'assenza di competenze specifiche e realmente incidenti sul buon andamento⁸⁰⁹ della giustizia.

Accanto a tali figure – comunque, sebbene in via temporanea, inquadrate nell'ordine giudiziario – si sono delineati modelli di ausilio sulla scorta di quanto già previsto dall'ordinamento europeo⁸¹⁰: i c.d. tirocinanti giudiziari e – per i profili che più interessano

utilizzo indiscriminato della magistratura onoraria? Un self-restraint annunciato, in *Giur. cost.*, 2001, 1736 ss.; A. ARGANO, *Giustizia amministrativa e magistratura onoraria*, in *Giust. amm.*, 2003, 886 ss.; F.P. LUISO, *Magistratura togata, magistratura onoraria, "altra" giustizia*, in *Rass. forense*, 2005, 542 ss.; P. SABATELLI, *La magistratura onoraria*, in *Foro it.*, 2008, 125 ss.; M. NISTICÒ, *La magistratura onoraria*, in *Foro it.*, 2011, 300 ss.; G. MANOCCI, *La Corte di Giustizia riconosce il ruolo essenziale della magistratura onoraria in Italia: i giudici di pace sono considerati lavoratori e giudici del rinvio pregiudiziale*, in *DPCE online*, 2020, 5355 ss.; V. CIACCIO, *La riforma (incompiuta) della magistratura onoraria tra esigenze "del sistema" ed esigenze "della categoria"*, in *Osservatorio cost.*, 2021, 114 ss.; G. FANELLI, *La riforma (ancora in cantiere) della magistratura onoraria e la decisione della Consulta n. 41/2021: la partecipazione degli ausiliari ai collegi d'appello "sarà" costituzionalmente illegittima*, in *Judicium*, 2021, 566 ss. La questione inerente ai giudici onorari è stata anche oggetto di esame, sotto il profilo del pubblico impiego, da parte della Corte di Giustizia europea. Cfr., da ultimo, Corte di Giustizia UE, II Sez., 16 luglio 2020, C-658/18 UX, *Statut des juges de paix italiens c. Presidenza Consiglio dei ministri*, in EU:C:2020:572.

⁸⁰⁵ Su cui si veda, V. DATTOLICO, *Il ruolo della Magistratura onoraria: il giudice di pace*, in *Iustitia*, 2009, 183 ss.; C. PESCE, *Il giudice di pace italiano al vaglio della Corte di giustizia UE*. Nota a sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 16 luglio 2020, causa C-658/18, in *Eurojus*, 2020, 300 ss.; F. PAOLICELLI, *Lavoro, remunerazione, ferie: la dignità del giudice di pace innanzi alla Corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2021 60 ss.

⁸⁰⁶ Cfr., Regio-decreto 30 gennaio 1941, n. 12, ss.mm.ii., «Norme in materia di Ordinamento giudiziario», in *Gazzetta Ufficiale* del 4 febbraio 1941, n. 28.

⁸⁰⁷ Art. 106, comma 2, Cost. a mente del quale «La legge sull'ordinamento giudiziario può ammettere la nomina, anche elettiva, di magistrati onorari per tutte le funzioni attribuite a giudici singoli».

⁸⁰⁸ Decreto-legislativo, 13 luglio 2017, n. 116, «Riforma organica della magistratura onoraria e altre disposizioni sui giudici di pace, nonché disciplina transitoria relativa ai magistrati onorari in servizio, a norma della legge 28 aprile 2016, n. 57», in *Gazzetta Ufficiale* 31 luglio 2017, n. 177.

⁸⁰⁹ Per uno sguardo globale sul tema della semplificazione amministrativa cfr. P. PIRAS, *Semplificazioni e buon andamento della pubblica amministrazione. Tra Scilla e Cariddi: rispettare la complessità superando le complicazioni* - Simplifications and good performance of the public administration. Between Scylla and Charybdis: Respecting complexity by overcoming complications, in *DPCE online*, 2021, 1923 ss.

⁸¹⁰ È bene rammentare, infatti, che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (2007-2009) ha offerto



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

alla presente riflessione – il c.d. ufficio per il processo, oggetto di recente attenzione da parte del legislatore nazionale ed eurounitario.

Quanto ai primi – istituti con decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 98, s.m.i.⁸¹¹ – ci si limita ad affermare che, nell'idea del legislatore, tale istituto avrebbe consentito, per un verso, la possibilità, per i giovani studiosi, di accedere al mondo del lavoro attraverso un tirocinio formativo (*post*, e talvolta *pre-laurea*) funzionale all'apprendimento delle conoscenze necessarie alla successiva ed ipotetica carriera giurisdizionale e, per altro profilo, di utilizzare le stesse risorse in funzione di un'accelerazione dei processi e dei procedimenti giudiziari. Sul tema, per vero, si è nel tempo stratificata una situazione di incertezza, derivante – prevalentemente – dall'assenza di un reale percorso formativo.

Invero, è nell'ufficio per il processo⁸¹² che, come si anticipava, può ravvisarsi la riforma più recente – in termini di efficacia ed efficienza – della riforma giudiziaria. L'ufficio per il processo, dunque, attua il progetto di *capacity building* della giustizia che «traendo spunto da prassi virtuose di revisione dei moduli organizzativi del lavoro del magistrato e delle cancellerie, consente di supportare i processi di innovazione negli uffici giudiziari»⁸¹³.

Il “modulo” organizzativo oggetto di esame viene introdotto – per la prima volta nell'ordinamento – dal decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, conv. in l. 17 dicembre 2012, n. 221 che, all'art. 16-*octies*⁸¹⁴, prevede l'istituzione dell'ufficio per il processo presso le

una base giuridica non solo per la necessaria introduzione da parte degli Stati di strumenti volti ad “efficientare” il Sistema-giustizia, ma anche allo sviluppo delle azioni in materia di formazione giudiziaria. Ed invero, il sostegno alla formazione dei magistrati e del personale di giustizia – comprese le figure di ausilio all'apparato giurisdizionale – costituisce l'oggetto specifico degli artt. 81, co. 2, lett. h) e 82, co. 1, lett. c), TFUE ed è considerato come una delle misure necessarie per rafforzare la cooperazione giudiziaria tra i Paesi dell'Unione. Priorità dell'ordinamento unionale – già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – è rappresentata dalla tutela dei diritti fondamentali e dalla loro effettività; obiettivi che non possono trovare realizzazione senza un apparato giurisdizionale in grado di dare pronta e puntuale attuazione alle domande di giustizia, proprio attraverso la conoscenza del diritto europeo da parte degli operatori della giustizia.

⁸¹¹ Cfr. Decreto-legge, 21 giugno 2013, n. 69, «Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia», convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, in Gazzetta Ufficiale 21, giugno 2013, n. 144.

⁸¹² Tra i primi contributi sul tema cfr., R. BRACCIALINI, *L'ufficio per il processo e i suoi pilastri*, in *Questione giust.*, 2004, 1271 ss.

⁸¹³ Cfr. l'asse MIC1 “Ufficio per il processo e capitale umano” del piano straordinario di reclutamento del personale amministrativo, attuativo del PNRR.

⁸¹⁴ Cfr. art. 16-*octies*, rubricato «Ufficio per il processo», ai sensi del quale «1. Al fine di garantire la ragionevole durata del processo, attraverso l'innovazione dei modelli organizzativi ed assicurando un più efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione sono costituite, presso le corti di appello e i tribunali ordinari, strutture organizzative denominate “ufficio per il processo”, mediante l'impiego del personale di cancelleria e di coloro che svolgono, presso i predetti uffici, il tirocinio formativo a norma dell'articolo 73 del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, o la formazione professionale dei laureati a norma dell'articolo 37, comma 5, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

corti di appello e i tribunali ordinari.

Nella strutturazione originaria, l'ufficio per il processo doveva supportare l'attività ordinaria dell'apparato giudiziario e dei magistrati, proprio attraverso la collocazione nell'organico di giudici onorari – sopra richiamati – tirocinanti e personale amministrativo in servizio. Struttura, dunque, nella quale si vedevano confluire figure professionali o in formazione già attive presso gli uffici giudiziari e alle quali attribuire competenze specifiche per la gestione del contenzioso. L'esperienza ha però dimostrato la fragilità di un sistema fondato su uno "strumento" che – sebbene attivato all'interno degli uffici giudiziari – non è risultato poi idoneo, dimostrandosi talvolta fallimentare, a colmare il *gap* di staticità di cui risulta afflitto il sistema-giustizia; tanto in relazione – soprattutto – alla carenza di professionalità specifiche in seno ai componenti e alla pregnante incertezza relativa alle competenze attribuite (pressoché limitate alla predisposizione di minute e bozze di provvedimenti, all'approfondimento giurisprudenziale e dottrinale, all'assistenza tecnica in udienza).

Le conseguenze rivenienti dall'emergenza sanitaria e socio-economica hanno indotto il legislatore – sospinto dalla necessità di ottemperare alle prescrizioni dell'Unione europea⁸¹⁵ – ad intervenire nuovamente sul funzionamento del processo, al fine di efficientare la macchina amministrativa e giudiziaria. E dunque, tra le strategie "orizzontali"⁸¹⁶ messe in atto dal legislatore dell'emergenza – programmate attraverso il

modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111. Fanno altresì parte dell'ufficio per il processo costituito presso le corti di appello i giudici ausiliari di cui agli articoli 62 ss. del decreto-legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, e dell'ufficio per il processo costituito presso i tribunali, i giudici onorari di tribunale di cui agli articoli 42-ter ss. del R.D. 30 gennaio 1941, n. 12.; 2. Il Consiglio Superiore della Magistratura e il Ministro della giustizia, nell'ambito delle rispettive competenze, danno attuazione alle disposizioni di cui al comma 1, nell'ambito delle risorse disponibili e senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica».

⁸¹⁵ Si osserva, infatti, che – per quanto concerne il settore giustizia – il Consiglio europeo ha, nelle relazioni annuali, costantemente sollecitato il nostro legislatore ad introdurre misure per la riduzione della durata dei processi civili, nonché atte ad accrescere l'efficacia nella prevenzione e repressione della corruzione (cfr., da ultimo, *Racc.* del 20 luglio 2020). Anche la Commissione europea, nella Relazione per Paese relativa all'Italia 2020 (c.d. *Country Report* 2020) del 26 febbraio 2020, ha rilevato come l'Italia abbia compiuto progressi limitati nell'attuazione delle ridette Raccomandazioni. In particolare, dunque, si rileva che nel settore civile risulta perdurante la scarsa efficienza del sistema giudiziario, con particolare riguardo all'utilizzo – tuttora limitato – del filtro di inammissibilità per gli appelli, che incide sulla durata dei processi e alla necessità di potenziare gli organici; con riguardo alla lotta alla corruzione, la Commissione ha avuto occasione di rimarcare il persistere di una serie di criticità soprattutto in materia di *lobbying*, di conflitti di interessi e di *whistleblowing*; nel settore penale, si rileva una costante inefficienza del processo, soprattutto di appello, che si ripercuote anche sull'efficacia del contrasto alla corruzione.

⁸¹⁶ Va evidenziato, infatti, che la riforma cui ci si riferisce, unitamente a quella che coinvolge l'interno apparato amministrativo, può dirsi, per l'appunto, di natura "orizzontale", fungendo – quasi – da "prerequisito" per l'attuazione concreta ed effettiva delle riforme già in atto all'interno del sistema ordinamentale e volte, com'è noto, a ridare impulso ai processi economici, fortemente compromessi dall'attuale crisi economica.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)⁸¹⁷ – figurano il potenziamento del processo civile telematico, la semplificazione dei giudizi - con interventi mirati in tema di notifiche, svolgimento delle udienze e validità formale degli atti - e la piena attuazione dell'ufficio per il processo.

L'intento primario della riforma è, infatti, la complessiva riorganizzazione della macchina giudiziaria, dei suoi attori e delle procedure organizzative e gestorie, proprio attraverso l'implementazione dell'ufficio per il processo, cui saranno (ed in parte già lo sono) inseriti operatori del diritto di "nuova generazione" e attraverso un modello flessibile che dovrà essere oggetto di adattamento alle esigenze dei vari uffici giudiziari. La sostituzione, dunque, del vecchio archetipo con un modello di giustizia più moderno e versatile, che oltre a smaltire l'arretrato per cui l'Italia è tristemente nota, consenta anche di preservare il ritrovato livello di efficienza, evitando che il fenomeno si ripeta. Ciò, può anticiparsi in questa sede, ha già rilevato le sostanziali differenze strutturali che caratterizzano le diverse scelte gestionali.

3. Processo, legislazione emergenziale, PNRR e nuove professionalità

Il contesto giuridico-istituzionale degli ultimi anni, segnato dalla crisi economica e dagli effetti della pandemia, ha spinto il legislatore a mettere in atto una strategia integrata, preordinata ad accedere alle sovvenzioni economiche derivante dal piano *Next Generation UE (NGUE)*⁸¹⁸ e funzionale a risolvere le conseguenze negative causate dalla crisi economica.

Limitandoci in questa sede a qualche spunto di riflessione – pur non entrando nel merito delle molteplici problematiche indotte dallo studio della programmazione-

⁸¹⁷ Il Piano nazionale di ripresa e resilienza è consultabile su *italiadomani.gov.it*. Per la riforma della giustizia cfr., in particolare, 56 ss.

⁸¹⁸ Il Piano Next Generation UE – quale strategia volta, per un verso, a dipanare gli effetti indotti dalla pandemia globale e, per altro profilo, a dare nuovo slancio alle economie europee – è consultabile in *europa.eu*. Per talune considerazioni sul tema si veda, M. IANNELLA, *La risposta europea alla crisi Covid-19 e le diverse interazioni con l'ordinamento italiano*, in *Osservatorio cost.*, 2020, 73 ss.; M. MARESCA, *Obbligazioni degli Stati e delle istituzioni e leale cooperazione per l'attuazione dello Spazio Unico Europeo della Mobilità. Misure e riforme in occasione del "Next Generation EU"* (NGEU), in *Studi sull'integrazione europea*, 2021, 49 ss.; ID., *La cooperazione fra gli Stati membri e le istituzioni dell'Unione europea per l'attuazione dello Spazio Unico Europeo della Mobilità: l'opportunità del "Next Generation EU"*, in *Eurojus*, 2021, 66 ss.; F. BILANCIA, *Le trasformazioni dei rapporti tra Unione europea e Stati membri negli assetti economico-finanziari di fronte alla crisi pandemica - Institutional relationships between European Union and Member States on economic and financial questions facing the pandemic crisis*, in *Dir. pubbl.*, 2021, 41ss.; L. CIPRIANI, *Covid-19 e finanza UE. Il "recovery fund" e le altre misure a confronto come piano di rinascita per l'Europa*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2021, 5 ss.; L. SCAFFARDI, *"Next Generation Prüm" le scelte strategiche della UE: dall'ampliamento nello scambio dei dati genetici all'introduzione del riconoscimento facciale*, in *federalismi.it*, 2021, 200 ss.; V. TEVERE, *Il regolamento europeo "next generation EU": una nuova sfida per l'Unione Europea*, in *Lo Stato civile italiano*, 2021, 77 ss.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

pianificazione che si legge nel PNRR⁸¹⁹ per la finalità cui è destinato il presente contributo – ci si avvede come l'organizzazione della giustizia⁸²⁰ figuri, per l'appunto, tra gli assi principali della nuova strategia.

Come si è già osservato⁸²¹, «sviluppare un sistema resiliente in tema di giustizia significa lavorare sulle fragilità esistenti». Non v'è dubbio che i profili di minore efficienza⁸²² si risolvono talora nella ineffettività della risposta alla domanda di giustizia, sulla quale non convergono solamente i temi classici di cui parte della dottrina già si occupa⁸²³, ed in particolare la durata del processo e le distonie che si registrano nell'*iter* dello stesso. Siffatti profili hanno indotto il legislatore ad individuare, all'interno di una *policy* strategica più generale di ripresa e resilienza, talune tecniche e istituti giuridici ritenuti idonei a colmare il *gap* che affetta l'amministrazione della giustizia nella prospettiva europea⁸²⁴,

⁸¹⁹ Cfr., G. VERDE, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e la riforma della giustizia - The National Plan for Recovery and Resilience and the Reforms of the Judicial System*, in *Nuove Autonomie*, 2021, 169 ss.; nonché, da ultimo, N. LUPO, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti*, in *federalismi.it*, 2022, 4 ss.

⁸²⁰ Si veda ancora A. PIZZORUSSO, *Organizzazione della giustizia (profili generali)*, *cit.*, 910 ss. Nonché, G. DIOTALLEVI, *Efficacia ed efficienza degli uffici giudiziari*, in *Foro it.*, 2009, 445 ss.

⁸²¹ Così, G. CENTURELLI, *Gli strumenti europei per la ripresa e la resilienza ed il quadro finanziario pluriennale 2021-2027: verso la "performance" attuativa ed i risultati*, in *Riv. giur. mezzogiorno*, 2021, 651 ss. L'A. osserva che la «dimensione del personale» è centrale nelle politiche eurounitarie supportate dal c.d. Next Generation UE. Il potenziamento della capacità amministrativa e delle *performance* deve «fondarsi sul rafforzamento organizzativo e delle competenze, sia in termini di reclutamento, che di miglioramento del capitale umano»; risultato raggiungibile attraverso nuove assunzioni ed una corretta allocazione e distribuzione del personale all'interno delle Amministrazioni, in cui risulta necessaria la formazione del personale in relazione alle specifiche competenze che questo sarà chiamato a svolgere.

⁸²² Cfr. L. D'ANDREA, *Effettività* (voce), in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, S. CASSESE (a cura di), III, Milano, 2006, 2118 ss. Più in generale sul principio di effettività si veda P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano, 1953; ID., *Effettività*, (principio di), in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 420 ss.; G. GIAVAZZI, *Effettività* (principio di), in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989; A. CATANIA, *Effettività e modelli di diritto*, in *Soc. dir.*, 2003, 7 ss.

⁸²³ Sui profili generali del principio – ormai di consolidato rilievo sovranazionale – della ragionevole durata del processo, si veda: M. GRADI, *La "ragionevole durata del processo" e i "risultati di semplificazione": la pretesa inapplicabilità dell'art. 535 c.p.c. al giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 961 ss.; I. FALCONE, *La ragionevolezza del processo: tra vincoli europei e autonomia dell'ordinamento interno*, in *Giust. civ.*, 2010, 251 ss.; M.A. SANDULLI, *Il tempo del processo come bene della vita - The time of trial as a good*, in *Dir. soc.*, 2014, 503 ss. Più di recente cfr., I. PAGNI, *Gli obiettivi del disegno di legge delega tra efficienza del processo, effettività della tutela e ragionevole durata - The Objectives of the Draft Law between the Efficiency of Trial, the Effectiveness of Protection and the Principle of Reasonable Duration*, in *Politica del diritto*, 2021, 573 ss.; C. CAVALLINI, *La durata ragionevole del processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 825 ss.; L. ZANUTTIGH, *Atti e strumenti di regolazione dell'emergenza e giusto processo*, in *Lo Stato*, 2020, 417 ss.; E. BUCCIANTE, *Diritto alla ragionevole durata del processo*, in *Foro it.*, 2020, 1959 ss.; V. SCILLA, *Ragionevole durata del procedimento amministrativo e "sorte" dell'atto tardivo - The reasonable duration of administrative procedures and the "fate" of late decisions*, in *Dir. econ.*, 2020, 337 ss.

⁸²⁴ Cfr. già S. CASSESE, *"Maladministration" e rimedi*, in *Foro it.*, 1992, 243 ss. L'A. riconduce la



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

attraverso una riforma avente l'ambizione di intervenire sul funzionamento delle cancellerie, sulla formazione del personale⁸²⁵ "laico" e sull'edilizia giudiziaria.

Tra i primi interventi perseguiti dal PNRR vi è quello inerente alla rivalutazione del ruolo degli strumenti alternativi alla risoluzione delle controversie - ADR⁸²⁶ (cfr., arbitrato, mediazione, etc.). Introdotti come mezzi volti a "scremare" il carico di lavoro della magistratura, tali strumenti si sviluppano nel mondo giuridico con l'idea – si direbbe – di "degiurisdizionalizzare" le controversie e creare, dunque, le condizioni necessarie – a livello istituzionale, sociale, economico e territoriale – per prevenire l'insorgere delle stesse.

Si può ritenere, sul tema, che il rafforzamento di tale "binario parallelo" possa considerarsi una svolta decisiva – sul piano sostanziale e processuale – per attribuire a tali istituti giuridici un ruolo dominante nella riforma del sistema giudiziario. E tanto se si considera che le ADR rappresenterebbero, per un verso, un volano per l'economia – derivante dalla riduzione delle spese giudiziali sostenute dai cittadini e dalle imprese, e – per altra via – il mezzo per attribuire ai soggetti preposti (arbitri, mediatori, etc.) poteri

c.d. "maladministration" a cinque fattori: il rafforzamento dei poteri locali; l'istituzionalizzazione dei partiti; la confusione legislativa; l'assenza di controlli. Si veda anche E. FREDIANI, *Lo "strano rapporto" tra cattiva amministrazione ed arresto procedimentale - The "strange relationship" between the mismanagement and the arrest of the administrative proceedings*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 1013 ss.; A. INFANTINO, *Maladministration e semplificazione nel cantiere della resilienza*, in *Studi urbanati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, 2021, 143 ss.

⁸²⁵ Sul tema si rinvia a F. PALAZZO, *La formazione professionale del giurista tra riforma universitaria e mutamenti dell'esperienza giuridica*, in *Studium iuris*, 2004, 1 – 7; M. RIZZI, *La formazione professionale tra devoluzione di funzioni normative alle province e tendenze regionali neocentralistiche (il caso della legge regionale Puglia n. 15/2002)*, in *Lav. nella giur.*, 2003, 209 ss.

⁸²⁶ Cfr. già R. DANOVI, *Le ADR (Alternative Dispute Resolutions) e le iniziative dell'Unione Europea*, in *Giur. it.*, 1997, 326 ss.; A. CONVERSO, *Note minime in tema di strumenti alternativi per risoluzione delle controversie*, in *Giur. merito*, 2000, 719 ss.; C. LICINI, *Alternative Dispute resolution (ADR): aspettative europee ed esperienza USA, attraverso il Libro Verde della Commissione Europea, e la sapienza di un giurista-mediator americano*, in *Riv. notariato*, 2003, 1 – 5; S. STICCHI, *Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica (Le iniziative comunitarie e del Consiglio d'Europa)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 743 ss.; V. VIGORITI, *Accesso alla giustizia e ADR: prospettive*, in *Riv. arbitrato*, 2007, 135 ss.; G. ROSSOLILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Dir. UE*, 2008, 349 ss.; R. CAPONI, *Delega in materia di conciliazione delle controversie*, in *Foro it.*, 2009, 354 ss.; M. DELSIGNORE, *Le ADR nell'attuazione della dir. 2007/66/CE*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1519 ss.; più di recente si veda, V. DONATO, *Sulle ADR tra riforma del processo e riforma del Giudice: la ricerca affannosa dei luoghi della iurisdictio*, in *Giust. civ.*, 2019, 871 ss.; nonché per i profili applicativi al tempo dell'emergenza sanitaria cfr., S. VIOTTI, *Gli strumenti "ADR" in tempo di pandemia*, in *Soc. dir.*, 2021, 124 ss. Per l'applicabilità dei metodi alternativi alla risoluzione giudiziale nei rapporti di diritto pubblico cfr., M.P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 1 – 21; M. ROMAJOLI, *Interesse generale e rimedi alternativi pubblicistici*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 481 ss.; A. PAJNO, *I ricorsi amministrativi tradizionali: una prospettiva non tradizionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 747 ss.; M. LIPARI, *L'arbitrato e la giurisdizione amministrativa: certezze acquisite e questioni aperte*, in *Giur. it.*, 2019, 1243 ss.; S. TARULLO, *Mediazione e negoziazione assistita nelle controversie con la p.A.: modelli a confronto*, in *Dir. e proc. amm.*, 2021, 883 ss.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

spettanti⁸²⁷, per natura, alla sola autorità giudiziaria, riducendo – di conseguenza – i tempi di somministrazione della giustizia.

Nel novero dei mezzi funzionali al miglioramento di *capacity building* della giustizia emerge il potenziamento dell'ufficio per il processo; strumento già in sperimentazione nel nostro ordinamento ma che si è rivelato evanescente, perlomeno in termini di accelerazione dei processi, in ragione – si ritiene – di una staticità nelle modalità di gestione della funzione giudiziaria accentrata nella figura dominante del giudice.

L'obiettivo della nuova strategia⁸²⁸, dunque, è quello di volgere ad un modello diverso di giustizia che – come in altri ordinamenti – riesca a fare del giudice il *dominus* di un processo decisionale di tipo corale. Tanto al fine di efficientare il sistema della giustizia e riuscire a rendere effettiva (celere, utile, etc.) la tutela delle situazioni giuridiche soggettive⁸²⁹. Il quadro così delineato va, però, completato da una ulteriore considerazione.

⁸²⁷ È stato già attentamente osservato che, purché l'arbitro arrivi ad attuare questo potere, in parallelo con l'accrescimento di funzioni ed in misura equivalente all'art. 111 della Costituzione disciplinante il diritto al contraddittorio ed il diritto ad essere giudicato da parte di un giudice terzo ed imparziale, viene introdotta all'interno del nostro ordinamento una clausola tipica dei sistemi di Common Law, la cosiddetta clausola di *disclosure*.

⁸²⁸ Cfr., specificamente, il punto 2A del Piano nazionale di ripresa e resilienza, «Riforme e investimenti. Le riforme orizzontali: p.A. e Giustizia», nonché la missione MIC1 del punto 2B del piano strategico, «Digitalizzazione, innovazione e sicurezza nella p.A.», 90 ss.

⁸²⁹ Per taluni riferimenti sulla nozione di diritto soggettivo si rinvia a: M. GIULIANO, *Norma giuridica, diritto soggettivo ed obbligo giuridico*, Bologna, 1952; W. CESARINI-SFORZA, *Diritto soggettivo* (voce), in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 659 ss.; *ivi.*, S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, 719 ss.; C. MAIORCA, *Diritto soggettivo* (voce), in *Enc. giur.*, XI, 1989, 16 ss.; C. ANELLI, *Situazioni soggettive e ricorsi amministrativi*, in *Cons. st.*, 1989, 901 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989; P.G. MONATERI, *Diritto soggettivo* (voce), in *Dig. priv.*, VI, Torino, 1990, 411 ss.; F. MODUGNO, *I "nuovi diritti" nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995.; E. PICOZZA, *Situazioni giuridiche soggettive*, in AA.VV., *Manuale di diritto amministrativo europeo*, M.P. CHITI – G. GRECO (a cura di), I, parte generale, Milano, 2007, II ed., 903 ss. Sul concetto storico di interesse legittimo si rinvia a E. CANNADA-BARTOLI, *L'interesse legittimo tra fatto e diritto in una recente decisione*, in *Foro amm.*, 1973, 735 ss.; C. RIZZO-GERLANDO, *La contrapposizione ontologica tra diritti soggettivi ed interessi legittimi nel diritto amministrativo*, in *Amm. it.*, 1975, 198 ss.; A. BOVA, *Ancora sulla configurabilità dell'interesse legittimo*, in *Nuova rass. leg. dottrina giur.*, 1976, 18 ss.; A. ROMANO, *Il giudice amministrativo di fronte al problema della tutela degli interessi c.d. diffusi*, in *Foro it.*, 1978, 8 ss.; F. PIGA, *Diritti soggettivi, interessi legittimi, interessi diffusi e tutela giurisdizionale*, in *Giust. civ.*, 1980, 703 ss.; M. NIGRO, *Esperienze e prospettive del processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 401 ss. Più di recente si veda, G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2020, spec. 30 ss.; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2022, spec. 95 ss. Per un riferimento al tema della rilevanza dell'interesse legittimo in relazione al diritto comunitario, si veda F. PATRONI GRIFFI, *L'interesse legittimo alla luce del diritto comunitario e dei Paesi membri: quali prospettive?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 367 ss.; A. TRAVI, *Nuovi fermenti del diritto amministrativo verso la fine degli anni '90*, in *Foro it.*, 1997, 168 ss.; A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, 1998; A. BARTOLINI, *L'interesse legittimo nel diritto europeo comparato*, in AA.VV., *Diritti ed interessi nel sistema amministrativo del terzo millennio*, B. CAVALLO (a cura di), Torino, 2002, 13 ss.; V. COLCELLI, *Studio sulle fonti per una ricostruzione unitaria delle situazioni giuridiche soggettive di provenienza europea*, in *Contratto e*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

La necessità di ottemperare ai principi di efficienza, efficacia ed economicità ha indotto il legislatore a consentire l'accesso al rinnovato istituto di semplificazione e accelerazione organizzativa della funzione giustiziale ad operatori giuridici di "nuova generazione", immessi temporaneamente⁸³⁰ nei ruoli dell'amministrazione, in grado – in virtù della formazione universitaria specifica – di accelerare i processi decisionali. Tanto però – si ritiene – non ha introdotto elementi di novità rispetto alla strutturazione che l'istituto già possedeva nella sua precedente formulazione ed applicazione. E ciò, si osserva, proprio in relazione all'assenza, all'interno della legge istitutiva⁸³¹ e dei successivi atti di indirizzo⁸³², di pertinenti e specifiche indicazioni sulle competenze del rinnovato ufficio di supporto alla giustizia che – come la dottrina ha avuto modo già di osservare⁸³³ – condurrà, oltre che ad ulteriori elementi di incertezza, all'attribuzione di mere funzioni di cancelleria e, dunque, ad un nuovo fallimento del sistema.

Per vero, le nuove figure professionali, in disparte le possibili esperienze di formazione *post*-universitaria presso i medesimi uffici giudiziari, non rinvergono nel bagaglio formativo le competenze necessarie a supportare – e dunque nella forma e nella misura auspicata dal legislatore nazionale e sovranazionale – la complessa macchina giudiziaria. Ciò induce a considerare l'introduzione di tale figura quale fonte di possibili tensioni all'interno degli uffici giudiziari, data la mera duplicazione delle competenze ad essa attribuite, rispetto ad altre figure professionali già conosciute nell'assetto organizzativo del sistema-giustizia.

4. (Segue): l'Università quale laboratorio per le nuove professionalità della giustizia

L'armamentario di riforme così delineato merita ora di essere valutato in relazione alla carenza sostanziale – nella disciplina strategica e di attuazione – di previsioni inerenti alla

impresa, 2009, 742 ss.

⁸³⁰ Si veda, da ultimo, il c.d. Decreto PNRR-2, approvato dal Consiglio dei ministri il 13 aprile 2022, che – attraverso l'art. 9 co. 1, modifica l'art. 11, co. 1, primo periodo, del decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, conv. in l. 6 agosto 2021, n. 122, prevedendo – espressamente – la *non rinnovabilità* dei contratti conclusi a tempo determinato, tra cui anche quelli inerenti agli addetti all'ufficio per processo.

⁸³¹ *Infra* p. 10, nota 43. Nonché il decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, all'art. 50, convertito con modifiche in legge 11 agosto 2014, n. 114, in Gazzetta Ufficiale, 24 giugno 2014, n. 114.

⁸³² Cfr. D.M. 1 ottobre 2015, «Misure organizzative per il funzionamento dell'ufficio del processo»; Circolare 14 febbraio 2017, «Linee guida per la predisposizione dei progetti formativi di perfezionamento presso l'ufficio per il processo dei tirocinanti ex art. 50, comma 1-bis del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, nonché ai sensi dell'art. 1, commi 340-343 della Legge n. 232 dell'11 dicembre 2016»; Delibera CSM 18 giugno 2018 «Linee guida per l'ufficio del processo»; Delibera del CSM 15 maggio 2019 «Linee guida per l'ufficio del processo».

⁸³³ Sul tema si veda M.G. CIVININI, *Il "nuovo ufficio per il processo" tra riforma della giustizia e PNRR. Che sia la volta buona!*, in *Quest. giust.*, 2021, 175 ss.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

formazione⁸³⁴ delle nuove figure professionali.

Ed infatti, l'approccio del legislatore alla riforma dell'organizzazione del sistema giudiziario, e della macchina amministrativa che lo completa, ha – pur tuttavia – mancato di prevedere la necessaria immissione degli operatori del diritto chiamati a coadiuvare la complessa istituzione, all'interno di un percorso formativo che consenta agli stessi di poter efficientare e semplificare concretamente il servizio-giustizia.

Tale considerazione emerge da una prima valutazione sulle modalità operative con le quali le nuove figure professioni sono state introdotte.

Il legislatore, già nelle more dell'introduzione dell'ufficio per il processo, anche per arginare le conseguenze fallimentari che l'istituto profilava, aveva richiamato l'attenzione degli uffici giudiziari a prevedere percorsi formativi⁸³⁵ per i componenti dello stesso, in relazione alle peculiarità delle singole e diverse realtà lavorative, necessari al più corretto e proficuo utilizzo delle risorse umane all'interno della macchina giudiziaria. Programmi formativi che dovevano mirare, in modo differenziato in ragione dell'esperienza pregressa già posseduta, ad un approfondimento delle singole attività correlate all'esercizio della giurisdizione e della connessa attività amministrativa. Sistema che, in concreto, non ha trovato riscontro nella prassi e che ha condotto – nella gran parte dei casi – ad un uso irrazionale delle risorse (umane ed economiche), finendo per relegare opportunità di supporto ed apprendimento a mere occasioni utilitaristiche per i giovani operatori del diritto.

Il tema che qui ci occupa risulta oggi di notevole importanza proprio in relazione alla ipotetica stabilizzazione di figure professionali di tal fatta all'interno della struttura amministrativa della giustizia.

Tali figure professionali⁸³⁶ – cui accederebbero operatori giuridici di “nuova generazione”, al termine di un percorso universitario caratterizzato da una limitata applicazione “pratica” delle conoscenze acquisite – dovrebbero essere immesse nel sistema attraverso un *iter* di apprendimento dei processi e dei procedimenti in atto presso l'amministrazione della giustizia, che non sembra poter prescindere da una formazione *ad hoc*.

Si può, pertanto, ritenere – in via di primissima approssimazione – che la formazione professionale di tali “uffici” debba precedere l'eventuale immissione nell'organigramma dell'amministrazione, attraverso il rafforzamento del legame - per vero già esistente⁸³⁷ - tra

⁸³⁴ Cfr. A. POGGI, *Istruzione, formazione professionale e Titolo V: alla ricerca di un (indispensabile) equilibrio tra cittadinanza sociale, decentramento regionale e autonomia funzionale delle istruzioni scolastiche*, in *Regioni*, 2002, 771 ss.; A. NATALINI, *Formazione professionale* (voce), in AA.VV., *Dizionario di diritto pubblico*, S. CASSESE (a cura di), III, Milano, 2006, 2589 ss.

⁸³⁵ *Infra* nota n. 59.

⁸³⁶ In generale sul tema cfr., A. BOTTI, A. MONDA, A. TOMMASETTI, O. TROISI, M. VESCI, *Ambiguità degli obiettivi nelle organizzazioni pubbliche: una rilettura critica della letteratura - Goals ambiguity in public organizations: a critical re-reading of literature.*, in *Azienda pubbl.*, 2019, 15 ss.; S. D'ACUNTO, *Le professioni nel mercato interno dell'Unione europea: bilancio di un ventennio (2000-2020)*, in *Dir. com. scambi int.*, 2020, 687 ss.

⁸³⁷ Si vedano, ad esempio, i programmi di collaborazione già in essere tra le Istituzioni universitarie e



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

organizzazione della giustizia (gangli giustiziali e apparato amministrativo) e Università. Le istituzioni universitarie, dunque, dovrebbero mirare a ristrutturare i propri programmi di studio – ormai divenuti statici rispetto all'evolversi delle esigenze delle pubbliche amministrazioni – prevedendo un percorso formativo mirato alla crescita e allo sviluppo delle nuove figure professionali chiamate ad operare, in maniera efficiente ed efficace, nel processo – ormai antico – di transizione tecnologica e sostenibile della macchina giudiziaria. Il potenziamento delle strutture ed il miglioramento della *governance* della giustizia potrebbero, dunque, trovare attuazione attraverso percorsi universitari e *post-laurea* che formino professionalità in grado di attuare – non solo sul piano degli intenti ma anche su quello dell'effettività – l'accelerazione dei tempi dei processi e una più celere amministrazione della giustizia. In tal senso le Università sembrano essere chiamate a identificare modelli innovativi di gestione degli affari giuridici che permettano una proficua allocazione delle risorse umane all'interno delle amministrazioni.

L'introduzione di percorsi mirati – ad esempio l'implementazione delle tecniche di scrittura giuridica – sembra già poter risolvere le problematiche che si sono registrate tra gli addetti all'ufficio per il processo, in ordine, soprattutto, alla redazione di bozze di provvedimenti più o meno complessi. Scrivere giuridicamente, infatti, significa scrivere con precisione, pensare ad un testo giuridico; per pensare ad un testo giuridico, che ha un suo proprio linguaggio, occorre comprensibilità e precisione. Sembra, dunque, che il filo conduttore della auspicabile interrelazione tra la formazione professionale e quella universitaria debba ricercarsi in una sorta di triade logico-consequenziale "sapere - saper fare - saper essere": acquisizione di un sostrato di nozioni e competenze teoriche; traslazione della conoscenza sul piano tecnico; formazione dei professionisti del futuro.

Tanto, dunque, porterebbe a compimento il processo di riqualificazione delle professionalità dell'amministrazione pubblica, e soprattutto della giustizia – per vero già introdotta dalle riforme degli ultimi anni – fortemente compromessa dagli effetti negativi indotti dall'attuale crisi emergenziale.

5. Linee ricostruttive per una ricerca

L'apparato amministrativo che caratterizza il nostro ordinamento giudiziario è oggetto – come si è detto – di radicali trasformazioni, anche in materia di formazione del personale. Tale profilo emergeva già nel disegno del legislatore del 2009⁸³⁸ e del 2017⁸³⁹ che aveva

gli Uffici giudiziari, per la frequenza – contemporanea – delle Scuole di specializzazione per le professioni legali e i Tirocini presso gli Uffici giudiziari, quale modello di formazione integrata.

⁸³⁸ Cfr. d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 (c.d. "Riforma Brunetta"). Con la riforma, infatti, ha preso avvio la "Terza riforma del pubblico impiego". Il nuovo corpo normativo, chiamato a dare attuazione alla legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, riguarda i lavoratori pubblici «contrattualizzati» (art. 1, comma 1) e va ad innovare ampiamente la disciplina del lavoro pubblico



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

messo in atto riforme preordinate all'identificazione di obiettivi specifici della funzione pubblica e a meccanismi di valutazione delle *performance*⁸⁴⁰ dell'amministrazione (anche della giustizia) e dei suoi dipendenti.

A tali riforme ha fatto seguito anche la legislazione dell'emergenza, volta ad arginare gli effetti negativi della crisi sanitaria⁸⁴¹ ed economica che ancora domina lo scenario politico-istituzionale e condiziona la *ratio* e il contenuto dell'*agere* pubblico.

In riferimento alla pubblica amministrazione (oggettivamente e soggettivamente considerata), il legislatore ha infatti inteso mirare al consolidamento del processo di semplificazione⁸⁴² anche dell'attività amministrativa inerente al processo, completando le

recata dal d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. Gli obiettivi perseguiti dalla riforma, individuati nell'art. 1, comma 2, sono individuati nella «migliore organizzazione del lavoro, il rispetto degli ambiti riservati rispettivamente alla legge e alla contrattazione collettiva, elevati standard qualitativi ed economici delle funzioni e dei servizi, l'incentivazione della qualità della prestazione lavorativa, la selettività e la concorsualità nelle progressioni di carriera, il riconoscimento di meriti e demeriti, la selettività e la valorizzazione delle capacità e dei risultati ai fini degli incarichi dirigenziali, il rafforzamento dell'autonomia, dei poteri e della responsabilità della dirigenza, l'incremento dell'efficienza del lavoro pubblico ed il contrasto alla scarsa produttività e all'assenteismo, nonché la trasparenza dell'operato delle amministrazioni pubbliche anche a garanzia della legalità».

⁸³⁹ *Infra* nota n. 13, par. 1.

⁸⁴⁰ Cfr., S. CASSESE, *L'età delle riforme amministrative*, cit., 79 ss.; Più di recente, G. CENTURELLI, *Gli strumenti europei per la ripresa e la resilienza ed il quadro finanziario pluriennale 2021-2027: verso la "performance" attuativa ed i risultati*, cit., 651 ss.; M. BIASI, *La valutazione della "performance" all'indomani della quarta riforma del lavoro pubblico - Performance evaluation in the wake of the IV reform of public sector employment*, in *Variazioni temi dir. lav.*, 2020, 323 ss.

⁸⁴¹ Tra le misure che certamente hanno inciso sull'assetto socio-economico, vi rientra le limitazioni imposte alla libertà di circolazione delle persone – quale libertà fondamentale garantita dagli artt. 20 ss., TFUE, ex art. 12 TCE – volte ad arginare la diffusione della pandemia globale. Sul tema in generale si veda già, G. ZANGARI, *La libera circolazione dei lavoratori nei paesi della Cee*, in *Riv. dir. lav.*, 1975, 433 ss.; M.R. SAULLE, *Recenti sviluppi della tutela dei diritti individuali in Europa*, in *Riv. dir. europeo*, 1976, 227 ss.; B. NASCIBENE, *Libera circolazione delle persone e garanzie di diritto comunitario nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Dir. com. scambi. int.*, 1981, 155 ss.; R. RUSSOTTO, *Per un'Europa di tutti. Verso la libera circolazione delle persone nella Comunità Europea*, in *Parlamento*, 1989, 25 ss.; A. SCOLA, *In materia di libera circolazione delle persone. Orientamenti giurisprudenziali della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Nuova rass. leg. dottrina giur.*, 1992, 790 ss.; R. IANNOTTA, *Comunità Europea. Libera circolazione di persone, servizi, capitali. Appalti di servizi*, in *Foro amm.*, 1998, 2298 ss.; C. DE ROSE, *La libera circolazione delle persone nell'Unione europea: profili generali ed istituzionali anche con riferimento alla normativa italiana*, in *Cons. St.*, 2003, 600 ss. Più di recente cfr., S. MARINO, *La libera circolazione delle persone giuridiche: la definitiva "liberalizzazione" del diritto di stabilimento primario delle società commerciali*, in *Dir. comm. int.*, 2018, 533 ss. di T. CERRUTI, *Libertà di circolazione e pandemia: servirà un passaporto-COVID per attraversare i confini dell'Unione europea?*, in *Riv. AIC*, 2021, 1 ss. Si vedano, altresì, le riflessioni di A. CANDIDO, *Poteri normativi del Governo e libertà di circolazione al tempo del Covid-19*, in *Quaderni cost.*, 2020, 419 ss.

⁸⁴² Cfr. S. AGUSTO, *Spinte europee e incertezze statali nella semplificazione amministrativa: il difficile equilibrio tra celerità e garanzia - European pressures and State uncertainties in administrative simplification: the difficult balance between speed and guarantee*, in *DPCE online*, 2021, 2091 ss.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

innovazioni normative già introdotte attraverso la riaffermazione dei principi che devono indurre ad un mutamento di tutta la *governance* pubblica (tra questi, (ri)emergono, dunque, l'efficienza, l'efficacia, la trasparenza⁸⁴³ e l'utilità della funzione pubblica) volti a cristallizzare il più generale principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost.⁸⁴⁴.

In una prospettiva di coinvolgimento unitario della p.a., il piano strategico nazionale di accesso alle sovvenzioni europee – PNRR⁸⁴⁵ – ha inteso incidere anche sul settore della giustizia, già caratterizzato da una complessa macchina amministrativa e giudiziaria, oggetto di rivalutazione in termini di efficientamento e di progresso tecnologico. *Trend*, come osservato, già in atto da tempi meno recenti ma che necessita di essere ricalibrato e stimolato in relazione alle più recenti esigenze emerse nell'ambito del "servizio" giustizia.

Ed invero, il legislatore ha fondato la strategia di *capacity building* dell'organizzazione della giustizia anche sulla riqualificazione e l'implementazione di figure professionali, che possano, per un verso, agevolare l'attuazione del c.d. *turn over* delle risorse umane e, per altro profilo, fungere da volano per la concretizzazione dei principi di efficacia ed efficienza. Tra questi – oltre al già esistente istituto delle modalità alternative alla risoluzione giudiziale delle controversie – emerge la riconversione dell'ufficio per il processo⁸⁴⁶; modello organizzativo del lavoro giudiziario volto – si direbbe – a superare i profili di staticità che, talvolta, connotano il sistema.

La riforma della giustizia, dunque, mira a rivisitare il modo di operare all'interno degli uffici giudiziari, creando le condizioni per rendere la risposta di giustizia più vicina ai bisogni del territorio. V'è, tuttavia, da considerare che l'introduzione di moduli organizzativi e di gestione del lavoro della giustizia non può trovare risposta positiva se non attraverso una

⁸⁴³ Tra i numerosi contributi sul tema si rinvia a, P. TANDA, *Le molteplici espressioni del principio di trasparenza*, in *Nuove Autonomie*, 2007, 329 ss.; A. SIMONATI, *L'accesso civico come strumento di trasparenza amministrativa: luci, ombre e prospettive future (anche per gli Enti locali)*, in *Ist. federalismo*, 2016, 737 ss.; G. GARDINI, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *federalismi.it*, 2017, 3 ss.; E. CARLONI, F. GIGLIONI, *Three transparencies and the persistence of opacity in the Italian government system*, in *European public law*, 2017, 285 ss.; S. VACCARI, *Decisioni amministrative e interessi pubblici sensibili: le nuove regole sulla trasparenza - Administrative Decisions and Sensitive Public Interests: The New Rules on Open Government*, in *Ist. federalismo*, 2017, 35 ss.; F. DI MASCIO, A. NATALINI, P. RUBECHINI, *Quattro trasparenze per un'amministrazione ancora chiusa*, in questa *Gior. dir. amm.*, 2018, 13 ss.

⁸⁴⁴ Art. 97 cost. a mente del quale «1. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione. 2. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. 3. Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge».

⁸⁴⁵ Sulle interrelazioni tra le linee guida europee e la strategia nazionale inerente al PNRR, si veda N. PARISI, D. RINOLDI, *L'attuazione del PNRR italiano: spunti di riflessione sull'architettura euro-nazionale in materia (anche se per riflettere c'è ben poco tempo ormai)*, in *Eurojus*, 2021, 81 ss.

⁸⁴⁶ Cfr. M. SCIACCA, *Pnrr e prime ipotesi di modellizzazione dell'ufficio per il processo*, in *Foro it.*, 2022, 49 ss.; L. CARBONARA, C. CATALDI, C. CICCODICOLA, C. LACAVALA, L. SALTARI, *Pandemia e assunzioni nelle Pubbliche Amministrazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 34 ss.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

programmazione della formazione professionale⁸⁴⁷ delle risorse umane. Tanto se si considera che strumenti organizzativi di tal fatta hanno già mostrato la propria fragilità in relazione alla scarsa – o quasi assente – preparazione delle figure professionali che avrebbero dovuto rappresentare il cardine della riforma organizzativa. Sembra, dunque, che il rilievo assunto da tali riforme debba indurre a ripensare la collaborazione tra l'organizzazione della giustizia, le Istituzioni universitarie e i centri di ricerca, al fine di meglio calibrare processi e modelli di formazione, anche attraverso la ridefinizione dei piani di studio universitari (soprattutto di matrice giuridica ed economica) e del percorso formativo *post*-laurea. Tale connubio potrebbe, dunque, rispondere – seppur in parte – all'obiettivo di rendere più "agile" l'apparato amministrativo, che completa l'espletamento della funzione giudiziaria, attraverso l'immissione in ruolo di nuovo personale con formazione *ad hoc*. Al contrario, la professionalità dell'organizzazione amministrativa che coadiuva la giustizia, fondata talora su conoscenze attinte da prassi disomogenee risalenti e formatesi per effetto di personale prossimo alla quiescenza, potrebbe condurre, oltre che ad una dequotazione delle "capacità produttive" della magistratura non affiancata da risorse umane efficienti, ad una ulteriore sterilizzazione della semplificazione (in termini di effettività e celerità) della funzione giurisdizionale⁸⁴⁸.

⁸⁴⁷ Si veda ancora F. PALAZZO, *La formazione professionale del giurista tra riforma universitaria e mutamenti dell'esperienza giuridica*, in *cit.*, 1 – 7; A. NATALINI, *Formazione professionale*, *cit.*, 2589 ss.

⁸⁴⁸ Cfr. U. VILLANI, *La funzione giudiziaria nell'ordinamento internazionale e la sua incidenza sul diritto sostanziale*, in *Comunità int.*, 2014, 7 ss. Più di recente si veda G. DE FRANCESCO, *Brevi appunti sul disegno di riforma della giustizia*, in *Leg. pen.*, 2021, 235 ss.



La dimostrazione dell'interesse a ricorrere nel rito avverso il silenzio. La posizione del terzo pregiudicato dalla SCIA

di Gianmarco Poli*
27 maggio 2022

Sommario: 1. La rinnovata attenzione per l'interesse a ricorrere. – 2. L'interesse a ricorrere nel codice del processo amministrativo. – 3. (segue) ...e nell'impugnazione dei titoli edilizi. – 4. Interesse a ricorrere e giudizio avverso il silenzio. Il caso della SCIA.

Abstract: Fin dagli esordi, il concetto di "interesse a ricorrere" si è rivelato un argomento peculiare, poiché da un lato ha la funzione di mitigare gli effetti collaterali di una decisione amministrativa nel modello della giurisdizione oggettiva, mentre dall'altro conferisce al processo un'impronta soggettiva. Negli ultimi anni, nonostante una rinnovata attenzione verso questo istituto, non è chiaro se sia stato causato da un ultimo sviluppo giurisprudenziale o dall'insoddisfazione della dottrina per l'impostazione tradizionale. Alla luce di queste premesse, il presente elaborato affronta il problema dell'interesse a ricorrere in relazione ad altre azioni, concentrandosi in particolare sulla tutela processuale nel settore edilizio. In questo contesto, il principale strumento di tutela processuale del terzo è rappresentato dal ricorso avverso il silenzio, e il saggio riflette su come questo strumento influenzi l'interpretazione e l'applicazione dell'interesse a ricorrere.

Since its inception, the concept of "interest in appeal" has proved to be a peculiar subject, since on the one hand it has the function of mitigating the collateral effects of an administrative decision in the model of objective jurisdiction, while on the other hand it gives the process a subjective character. In recent years, despite a renewed attention to this institution, it is unclear whether this has been caused by a latest jurisprudential development or by doctrine's dissatisfaction with the traditional approach. In light of these premises, this paper addresses the problem of interest in recourse in relation to other actions, focusing in particular on procedural protection in the construction sector. In this context, the main instrument of procedural protection for the third party is the appeal against silence, and the essay reflects on how this instrument affects the interpretation and application of the interest in appeal.

1. La rinnovata attenzione per l'interesse a ricorrere

Da qualche anno a questa parte, una rinnovata attenzione per l'istituto dell'interesse a ricorrere, calato nel sistema del processo amministrativo, ha animato il dibattito tra gli

* Avvocato; Professore a contratto, Università degli Studi di Firenze.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

studiosi della materia.

Non è del tutto chiaro se sia stata la recente fase di assestamento giurisprudenziale a riaccendere l'interesse della dottrina sull'istituto o se, all'inverso, è l'insoddisfazione di quest'ultima per l'impostazione tradizionale (ribadita da più di qualche sentenza e non più coerente con l'innovazione apportata dal c.p.a. e la spinta marcatamente soggettivistica del giudizio innanzi al g.a.) ad aver innescato nelle corti un percorso di rimeditazione, ma è certo che nell'ultimo periodo si è assistito a un fiorire di studi e pronunce che hanno affrontato *ex professo* il problema dell'interesse ad agire per l'annullamento di un provvedimento amministrativo.

È stato lasciato in disparte – trascurato o solo accennato nei contributi più recenti –, tuttavia, il problema dell'interesse a ricorrere in relazione alle altre tipologie di azioni (pur proponibili innanzi al g.a.)⁸⁴⁹; un'assenza, quest'ultima, che fa tanto più rumore nella materia edilizia, dove il principale strumento di tutela processuale del terzo è costituito dal ricorso avverso il silenzio (sull'istanza di autotutela avverso la SCIA presentata *ex art.* 19, l.n. 241/90) e dove l'Adunanza plenaria, intervenuta assai di recente a dare il suo contributo sul tema generale (dell'interesse a contestare l'altrui titolo edilizio), ha taciuto ogni specifica considerazione al riguardo.

2. L'interesse a ricorrere nel codice del processo amministrativo

Fin dagli esordi, quello dell'interesse a ricorrere si è rivelato un argomento ancipite, sospeso tra l'obiettivo di mitigare (razionalizzando l'accesso alla giustizia e limitando le interferenze del giudice sulle scelte dell'amministrazione) gli effetti collaterali di un giudizio amministrativo rientrante nel modello della giurisdizione oggettiva⁸⁵⁰ e l'esigenza, più radicale, di conferire al processo un'impronta inequivocabilmente soggettiva, incentrata, cioè, sulla situazione soggettiva dedotta in giudizio e ispirata al principio di effettività della tutela⁸⁵¹.

⁸⁴⁹ Storicamente, il condizionamento esercitato dall'azione di annullamento sulle elaborazioni intorno alla nozione di interesse a ricorrere era il frutto della centralità che quell'azione ricopriva nella precedente legislazione processual-amministrativistica (cfr. B. Spampinato, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2004, 7 ss.).

⁸⁵⁰ Come, tuttora, sostenuto da più di un autore, che ravvisa, all'interno del processo amministrativo, la permanenza di profili di giurisdizione oggettiva, sul postulato che l'elemento essenziale della decisione finale rimane la legge (così, ad es., F. Saitta, *La legittimazione a ricorrere: titolarità o affermazione?*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso. Gli istituti processuali in evoluzione*, a cura di C. Cudia, Torino, 2020, 74; V. Domenichelli, *La trasformazione in senso soggettivo della giurisdizione amministrativa: una conquista irrinunciabile del processo amministrativo*, in *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, a cura di F. Francario, M.A. Sandulli, Napoli, 2017, 329 ss; V. Cerulli Irelli, *L'amministrazione "costituzionalizzata" e il diritto pubblico della proprietà e dell'impresa*, Torino, 2019, 235).

⁸⁵¹ S. Torricelli, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso*, cit., 81.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Il riflesso di questa primigenia tensione⁸⁵² lo si ritrova anche nelle ultime prospettazioni sul tema che vedono confrontarsi, tra loro, impostazioni neo-soggettivistiche (ispirate alla logica del processo di parti tipica del diritto civile⁸⁵³) e “reazionarie” letture del codice, inclini a conservare – anche sulla spinta del principio di effettività del diritto europeo – taluni caratteri e corollari del giudizio di stampo oggettivo, calibrando la funzione di filtro propria dell’interesse a ricorrere⁸⁵⁴.

A fronte di quanti hanno accolto con favore interventi legislativi o giurisprudenziali che avessero come scopo di assicurare un accesso alla giustizia in fattispecie in cui manchi una vera e propria situazione soggettiva da tutelare o di uno specifico pregiudizio per l’individuo⁸⁵⁵, si collocano coloro i quali difendono – per accedere al processo amministrativo – la centralità della situazione riconosciuta dalla norma sostanziale e dedotta in giudizio dal ricorrente⁸⁵⁶.

In via di estrema approssimazione, per i primi l’interesse a ricorrere può (e deve) rappresentare un volano che consente di differenziare a valle (e in relazione al concreto atteggiarsi della vicenda) interessi che normativamente non sono stati differenziati o qualificati⁸⁵⁷ o di imputare a un singolo (sotto forma di specifico pregiudizio) la lesione di un interesse (pubblico o collettivo) non ricompreso nella sua sfera giuridica⁸⁵⁸.

⁸⁵² Per una rassegna delle posizioni sull’interesse a ricorrere (anteriori al c.p.a.) con evidenza del condizionamento esercitato dall’adesione a una concezione oggettiva o soggettiva della giurisdizione amministrativa, B. Spampinato, *L’interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, passim.

⁸⁵³ E per i quali, in assenza di una chiara distinzione tra situazione protetta dal diritto sostanziale e requisiti di azionabilità della pretesa, non basta considerare l’interesse a ricorrere come elemento necessario del giudizio amministrativo per dimostrare il carattere soggettivo della giurisdizione amministrativa (così, invece, E. Follieri, *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2020, 313 ss.).

⁸⁵⁴ Che viene, così, a essere trasformato in strumento di legittimazione: per G.F. Ricci, *Principi di diritto processuale generale*, Torino, 2010, 135, infatti, il «distacco del giudizio di legittimità da qualsiasi rapporto sostanziale», rende l’interesse a ricorrere «l’unico elemento rilevante per poter giudicare della possibilità del ricorrente di impugnare un determinato atto». Critico nei confronti di questa tendenza, L. Ferrara, *Un errore di fondo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 926.

⁸⁵⁵ Cfr. P. Urbani, “*Vicinitas*” e interesse al ricorso, in corso di pubblicazione su *Giorn. dir. amm.*, 2022; G. Leone, *Legittimazione ed interesse ad agire tra giurisdizione soggettiva e oggettiva del giudice amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, 2, 73-83; S. Mirate, *La legittimazione a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2018, 375 ss., che si rifà all’art. 118 Cost. e alla sussidiarietà orizzontale per giustificare la creazione di nuovi interessi sostanziali, differenziati e giuridicamente qualificati, e la consequenziale proliferazione delle posizioni legittimanti riconosciute *uti civis* dalla giurisprudenza.

⁸⁵⁶ Cfr. S. Torricelli, *I confini incerti e mutevoli dell’interesse a ricorrere*, in *L’oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso*, cit., 79 ss.; G. Mannucci, *Legittimazione e interesse a ricorrere (dir. amm.)*, in *Treccani.it – Diritto on line*, 2018: «la centralità rivestita dall’interesse a ricorrere nel processo amministrativo, sconosciuta al processo civile, è il frutto della persistente tendenza a connotare in senso meramente processuale l’interesse legittimo e a mantenere in vita tratti oggettivi del giudizio per favorire un più pervasivo controllo sul potere pubblico».

⁸⁵⁷ F. Trimarchi Banfi, *L’interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 1009.

⁸⁵⁸ R. Lombardi, *Interesse ad agire e giustiziabilità delle pretese del privato: una lettura oggettivistica del processo amministrativo*, in *Foro amm.-TAR*, 2004, 2182; analogamente, R. Ferrara, *Interesse e*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Un'impostazione, dunque, che per favorire un più intenso controllo sull'agire amministrativo, si spinge a considerare l'interesse a ricorrere come strumento che, al ricorrere di particolari condizioni, abilita ad agire – fino alle soglie dell'azione popolare – anche i titolari di interessi di fatto o attinti, solo di riflesso, a un proprio bene.

Non così per i secondi, che rilevando nelle tesi su esposte una confusione tra piani e tra istituti⁸⁵⁹, hanno ribadito l'appartenenza del giudizio amministrativo al *genus* del processo sui diritti, con conseguente centralità del ricorrente ma, soprattutto, della situazione soggettiva di cui egli è titolare. Una centralità che, filtrata alla luce della Costituzione (e in particolar modo dell'art. 24), implica una considerazione dell'interesse a ricorrere che vada di pari passo con la valutazione della situazione sostanziale: se questa esiste, in quanto consacrata dalle norme, deve sempre garantirsi l'azionabilità, senza che il giudice si addentri a misurare il grado o il tipo di beneficio che l'azione può offrire a chi (liberamente) la propone⁸⁶⁰. Mentre se, all'opposto, questa non esiste, è inaccettabile che sia il giudice, attraverso l'impostura dell'interesse a ricorrere, a consentire che interessi di mero fatto facciano breccia nel processo⁸⁶¹.

Le ricadute – sul piano pratico – di questo diverso modo d'intendere il rapporto tra sostanza e processo si apprezzano anche sotto il profilo della dimostrazione in giudizio dell'interesse a ricorrere. Se, infatti, richiedere una prova rigorosa (da parte del ricorrente) dell'esistenza della lesione concreta e di una specifica utilità in capo al ricorrente rappresenta, per i primi, il logico corollario della mancanza di una situazione sostanziale riconosciuta a monte dalla legge, altrettanto naturale appare ai secondi – attingendo alle riflessioni maturate attorno all'art. 100 c.p.c. – ridimensionare la questione, ponendosi un problema di accertamento in corso di causa dell'interesse nei soli casi in cui, in base a un giudizio di regolarità causale, possa apparire dubbio che il tipo di azione proposta non offra alcuna utilità⁸⁶².

3. (segue) ...e nell'impugnazione dei titoli edilizi

legittimazione al ricorso (ricorso giurisdizionale amministrativo), in *Dig. disc. pubb.*, VIII, Torino, 1993, 474.

⁸⁵⁹ G. Mannucci, *Legittimazione e interesse a ricorrere (dir. amm.)*, cit.: «perdendosi in questo modo la linea distintiva tra sostanza e processo e, prima ancora, tra rilevanza e irrilevanza giuridica». L'indebita sovrapposizione è ricordata, altresì, da L. Ferrara, *Conclusioni*, in *L'oggetto del giudizio amministrativo visto dal basso*, cit., 328 ss.

⁸⁶⁰ Salvo il caso limite in cui sia certo che il processo non riesca ad offrire alcuna utilità. Così, S. Torricelli, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, cit., 92.

⁸⁶¹ G. Mannucci, *Legittimazione e interesse a ricorrere (dir. amm.)*, cit.

⁸⁶² S. Torricelli, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, cit., in partic. 102 ss. Propone un'interpretazione meno restrittiva dell'interesse a ricorrere nel processo amministrativo, in quanto più in linea di giudizio che deve guardare al rapporto e con i bisogni dello sviluppo e della ripresa economica, F. Caporale, *Interesse a ricorrere e nuovi modelli di regolazione dei mercati: alcune considerazioni a partire dalla determinazione della tariffa del servizio idrico*, in *Federalismi.it*, n. 5/2022, 32 ss.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Il dibattito ora sinteticamente tratteggiato ha avuto, da ultimo, il suo punto di caduta in una delle fattispecie che, per tradizione, ha rappresentato il terreno di emersione degli opposti modi di considerare l'interesse a ricorrere e offerto una rappresentazione plastica dei differenti punti di vista: l'impugnazione (da parte di un terzo) dei titoli edilizi.

È proprio nell'ambito dei poteri di controllo del territorio, infatti, che si è manifestata nella giurisprudenza – indotta da un quadro normativo non privo di ambiguità – l'esistenza di questo dualismo, quasi ontologico, nel modo di concepire l'interesse ad agire.

In particolar modo, si è iniziato a mettere in dubbio il *leitmotiv* secondo il quale nelle cause in cui si lamenti l'illegittimità del titolo autorizzatorio edilizio sia il requisito (fattuale) della *vicinitas* a fondare – e assorbirne l'accertamento – l'interesse a impugnare⁸⁶³, domandandosi se, invece, non si dovesse richiedere un elemento in più, consistente nello specifico pregiudizio derivante dalla lesione (a opera dall'atto impugnato) a una situazione protetta a monte dal diritto⁸⁶⁴.

Così, è accaduto che il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana prendesse coscienza della presenza, anche nelle diverse articolazioni del g.a. di ultima istanza, di due contrapposti orientamenti e decidesse di rimettere la questione all'Adunanza plenaria, che si è trovata investita del compito di decretare quale fosse, a diritto positivo vigente, la vera identità dell'interesse a ricorrere nel processo amministrativo⁸⁶⁵.

Prendendo le mosse dall'orientamento secondo il quale la circostanza (di fatto) che il ricorrente viva abitualmente in prossimità del sito prescelto per la realizzazione dell'intervento o abbia uno stabile e significativo collegamento con esso (in ciò consistendo la cd. *vicinitas*) sarebbe elemento di per sé idoneo a legittimare l'impugnazione di singoli titoli edilizi⁸⁶⁶, assorbendo in sé anche il profilo dell'interesse all'impugnazione, l'A.P. ravvisa come detta tesi – formatasi nel vigore dell'art. 10 della legge n. 765 del 1967 (che consentiva a “*chiunque*” la legittimazione a “*ricorrere contro il rilascio della concessione edilizia*”) – non possa più ritenersi coerente con l'assetto ordinamentale attuale, che ha eliminato la previsione in materia di una legittimazione diffusa (non riconfermandola nel

⁸⁶³ Cfr., sul tema, P. Urbani, *L'interesse a ricorrere avverso i titoli edilizi: i legittimati dalla vicinitas*, in *Urb, e app.*, 2015, 92 ss.

⁸⁶⁴ Per Cons. St., sez. II, 8 giugno 2021, n. 4375, in www.giustizia-amministrativa.it, ad es., non risulta raggiunta la prova dell'interesse ad agire se le «affermazioni [...] rimangono su un piano eccessivamente astratto, non essendo supportate da elementi di fatto atti a dimostrare il concreto vantaggio che discenderebbe all'appellante dall'adozione».

⁸⁶⁵ C.G.A. Sicilia, 27/07/2021, n. 759, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁸⁶⁶ Sul consolidarsi di un orientamento giurisprudenziale che ammette la legittimazione dei terzi a ricorrere contro un provvedimento autorizzatorio destinato ad altri ogni qual volta essi si trovino (*sic et simpliciter*) in rapporto di vicinanza con l'attività o l'intervento assentito, mettendo in luce le ragioni della sua non divisibilità, G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 291 ss. (che spiega come «fuori dalle ipotesi in cui il terzo agisce a tutela di un suo diritto, questi non è legittimato a far valere la violazione della disciplina (amministrativa) posta in essere dall'esercente»).



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

testo del d.P.R. n. 380 del 2001)⁸⁶⁷.

Il tema dell'interesse a ricorrere, pertanto, sarebbe da ricostruire entro gli schemi generali ricavabili dal c.p.a. (e, in particolare, alla luce del comb. disp. tra l'art. 39 c.p.a. e 100 c.p.a.); schemi in ossequio ai quali, riconosciuto nell'art. 873 c.c. la norma generale di copertura che qualifica l'interesse del vicino legittimandolo a impugnare, è sempre necessario che quest'ultimo (per differenziarsi) allegghi – ma senza bisogno di dimostrare – l'esistenza di un pregiudizio attuale alla sua proprietà⁸⁶⁸ e di un'utilità concreta ricavabile (anche in termini futuri e ipotetici) dalla decisione⁸⁶⁹.

Nel processo amministrativo, secondo l'A.P., la presenza di un effettivo pregiudizio dev'essere verificata secondo il criterio della "prospettazione", prescindendo, cioè, «dall'accertamento effettivo della (sussistenza della situazione giuridica e della) lesione che il ricorrente afferma di aver subito»⁸⁷⁰ e verificando se «la situazione giuridica soggettiva affermata possa aver subito una lesione» ma non anche che «abbia subito» una lesione, poiché questo secondo accertamento attiene al merito della lite». Col risultato, calando il tema generale nella materia edilizia, che lo specifico pregiudizio derivante dall'intervento edilizio debba ricavarsi «dall'insieme delle allegazioni racchiuse nel ricorso, suscettibili di essere precisate e comprovate laddove il pregiudizio fosse posto in dubbio dalle controparti o dai rilievi del giudice».

La soluzione fatta propria dall'Adunanza plenaria, pur ponendosi dichiaratamente nel solco dell'art. 100 c.p.c. e dalle rigorose logiche del processo civile, sembra lasciare irrisolto – anzi, reiterare – l'equivoco della sovrapposizione di piani tra condizioni dell'azione e situazione sostanziale protetta. Leggendo tra le righe della motivazione, infatti, pare di intravedere che lo specifico pregiudizio di cui parla l'A.P. (e derivante dall'atto impugnato) sia in grado di radicare l'interesse a ricorrere anche indipendentemente (e a prescindere) dall'esistenza, a monte, di una situazione sostanziale protetta dalla legge; anche quando, cioè, oggetto di doglianza sia la menomazione dei valori urbanistici della zona (in termini di

⁸⁶⁷ Cons. Stato, Ad. Plen., 09 dicembre 2021, n. 22, in *Urb. e app.*, 2022, 166 ss., con note di B. Giliberti, *Vicinitas e interessi diffusi. Legittimazione ed interesse ad agire nel processo amministrativo alla luce di due recenti pronunce dell'Adunanza Plenaria*; B.G. Di Mauro, *Note alla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 22/2021: tra insufficienza e liquidità del criterio della vicinitas e definitiva emersione dell'interesse al ricorso*; G. Franchina, *Criterio della vicinitas ed interesse al ricorso al vaglio dell'Adunanza Plenaria*.

⁸⁶⁸ In termini di «possibile deprezzamento dell'immobile, confinante o comunque contiguo, ovvero nella compromissione dei beni della salute e dell'ambiente in danno di coloro che sono in durevole rapporto con la zona interessata», un'indagine che il giudice deve svolgere in relazione «al tipo di provvedimento contestato e all'entità e alla destinazione dell'immobile edificando o edificato».

⁸⁶⁹ È stata ritenuta utilità apprezzabile l'esistenza di «conseguenze conformative al momento [della decisione] non prevedibili poiché legate all'applicazione, a valle dell'annullamento giurisdizionale, dell'art. 38 del t.u. 380/2021 che come noto contempla diversi scenari possibili [...] e dove quanto meno la riduzione in pristino, anche solo parziale, sarebbe misura certamente utile e vantaggiosa nella prospettiva demolitoria-ripristinativa di parte ricorrente».

⁸⁷⁰ Come, invece, sostenuto da Cons. St., sez. II, 8 giugno 2021, n. 4375, cit.; Cons. St., sez. IV, 15 dicembre 2017, n. 5908, in *www.giustizia-amministrativa.it*.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

umento del traffico, sovraffollamento e maggior carico urbanistico), che non sono posti a tutela di interessi di terzi individuabili⁸⁷¹.

Il criterio per verificare la presenza dell'interesse a ricorrere, in questo modo, finisce per trasformarsi in strumento per creare in via giurisdizionale e *preater legem* interessi protetti, condizionando anche la fase – successiva – di accertamento processuale del presupposto di rito.

Sotto quest'ultimo aspetto, in particolare, l'onere della prova in capo al ricorrente viene esplicitamente alleggerito – assistito da una sorta di presunzione di esistenza – e trasferito verso una fase successiva e meramente eventuale del giudizio (qualora, cioè, dal convenuto o *ex officio* dal giudicante vengano sollevate contestazioni sull'esistenza di un reale vantaggio pratico ritraibile dalla decisione). Ma reiterando la confusione tra i due livelli di giudizio (rito e merito), posto che l'oggetto dell'accertamento rimane pur sempre un profilo – l'esistenza di una lesione concreta inferta a una situazione protetta a monte dal diritto, piuttosto che un interesse di mero fatto – attinente al merito della controversia.

4. Interesse a ricorrere e giudizio avverso il silenzio. Il caso della SCIA

È il caso, a questo punto, di domandarsi se quanto detto finora con riferimento alla domanda di annullamento debba valere, in egual misura, per la domanda di accertamento e condanna del silenzio serbato dall'amministrazione sull'istanza di un cittadino. Specialmente quando l'istanza sia volta a sollecitare i doverosi poteri di vigilanza urbanistico-edilizia della P.A., *quid iuris* qualora la contestazione del terzo sorga intorno alla legittimità di un titolo edificatorio di natura privata (la SCIA)?

In tal caso, più di un dubbio può sorgere in ordine all'applicabilità *tout court* del recente arresto giurisprudenziale all'azione con la quale il soggetto, che si assuma leso dalla Segnalazione certificata presenta dal vicino, chieda la condanna della P.A. a esercitare le funzioni di vigilanza fino a quel momento omesse o tralasciate.

Già le premesse sulla cui base quali la decisione è stata assunta (la decisione di rimessione circoscrive il tema al processo impugnatorio)⁸⁷², così come i contenuti della motivazione (formulata in guisa da non fare mai accenni o riferimenti alle azioni diverse da quella di annullamento)⁸⁷³, depongono per una composizione del contrasto immaginata a uso e consumo della (sola) impugnazione di un titolo abilitativo di natura provvedimentoale (il

⁸⁷¹ Lo si desume dall'accezione di *vicinitas* accolta dal giudice (e fondante la legittimazione ad agire e, prim'ancora, l'interesse legittimo che ne è alla base), talmente larga nelle sue maglie (poiché non solo "fisica ma assiologica") da accordare protezione giuridica ben oltre i limiti di protezione stabiliti dalle norme sostanziali, estendendola anche a quei soggetti «toccati in un proprio interesse all'insediamento abitativo, ossia alla "radicazione in loco" dei propri "interessi di vita", familiari, economici o relativi ad altri "qualificati e consolidati rapporti sociali"».

⁸⁷² Cfr. C.G.A. Sicilia, 27/07/2021, n. 759, cit. che, nel formulare le questioni di diritto, ha sempre fatto riferimento alla «impugnazione di singoli titoli edilizi» e all'«interesse all'impugnazione».

⁸⁷³ Anche in Cons. Stato, Ad. Plen., 09 dicembre 2021, n. 22, come nella decisione di rimessione, il riferimento espresso è sempre al giudizio impugnatorio.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

permesso di costruire), piuttosto che per una sua valenza generalizzata.

A ciò si aggiunga la particolare fisionomia del giudizio avverso il silenzio-inadempimento tenuto da un'Amministrazione e del rapporto sostanziale sottostante. Al riguardo, infatti, è convincimento ormai diffuso in dottrina che, a fronte dell'inerzia di un soggetto pubblico, al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 2, l.n. 241/90, il privato possa vantare un vero e proprio diritto soggettivo (a struttura creditizia) alla conclusione del procedimento, mediante adozione di un provvedimento espresso. In tal senso deporrebbero tanto considerazioni di carattere dogmatico (in particolare, l'esistenza di un interesse individuale alla certezza del tempo, suscettibile di refluire entro un rapporto di debito-credito)⁸⁷⁴, quanto elementi, anche recenti, di diritto positivo (come, ad es., l'art. 133, comma 1, lett. a), n. 3, c.p.a.)⁸⁷⁵. Tracce inequivocabili, a propria volta, di un passaggio di stadio compiutosi in seno al sistema, che dal principio di doverosità dell'azione amministrativa (tutto rivolto verso l'interesse pubblico e a necessità del suo perseguimento) è transitato verso la regola dell'obbligo della P.A. di provvedere, a beneficio del cittadino interessato al provvedimento⁸⁷⁶.

Dall'esistenza di un diritto al provvedimento (a cui fa da *pendant* un obbligo per l'amministrazione di provvedere in modo espresso, finanche in caso di istanze manifestamente inaccoglibili)⁸⁷⁷ sembra doversi trarre, quale logico e inevitabile corollario, una rappresentazione dell'interesse a ricorrere ancora più vicina a quella del processo civile avente a oggetto un diritto di pretesa.

Occorre, difatti, considerare che «la funzione del procedimento, nei casi in cui vi sia un dovere di provvedere, è anche quella di verificare se c'è o no una situazione soggettiva in capo a chi la fa valere»⁸⁷⁸; sicché, per il privato che presenta un'istanza, vi è un vantaggio anche solo nel rimuovere l'incertezza sull'esistenza della possibilità normativa di soddisfare la sua utilità sostanziale e non può certo competere al giudice misurare o pesare tale interesse, dovendo egli solo accertare, nel merito, la fondatezza del diritto e l'esistenza dell'obbligo della P.A. di rispondere.

Sul piano dello *standard* probatorio, di conseguenza, è più coerente ritenere che il ruolo di filtro dell'interesse a ricorrere – anziché seguire il modello per presunzioni indicato dall'A.P. – venga assorbito (e superato) dalla natura creditizia della pretesa azionata e dalla attrazione al *genus* delle azioni di condanna della specifica tutela prevista dal codice per

⁸⁷⁴ M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 28 ss.; Id., *Manuale di giustizia amministrativa*, Bologna, 2021, 194 ss.

⁸⁷⁵ M. Ramajoli, *Forme e limiti della tutela giurisdizionale contro il silenzio inadempimento*, cit., 710.

⁸⁷⁶ Immagine di un più generale cambio di paradigma che, nel tempo, ha interessato il rapporto tra norma e potere amministrativo, fondato non più sul binomio tra norma d'azione e norma di relazione ma sul monomio secondo cui tutte le norme appartengono a un unico genere, in quanto deputate (come evocano le norme di relazione) a salvaguardare un interesse contrapposto al potere. Per tutti, A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non amministrativa (Sonntagsgedanken)*, Milano, 2005.

⁸⁷⁷ S. Torricelli, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, cit., 93, nt. 55.

⁸⁷⁸ S. Torricelli, *I confini incerti e mutevoli dell'interesse a ricorrere*, loc. cit.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

contrastare il fenomeno del silenzio-inadempimento. Rendendo, di fatto, superfluo, alla stregua di quanto avviene (tra soggetti privati) nel giudizio di condanna all'adempimento di un credito, un'indagine sull'esistenza di un'utilità effettiva, concretamente ricavabile dall'adempimento della prestazione⁸⁷⁹.

L'esistenza di un interesse *in re ipsa* a ottenere una risposta espressa dall'Amministrazione, d'altro canto, è predicabile a maggior ragione nelle contese tra proprietari finitimi (sul rispetto della normativa urbanistico-edilizia), dove è il potere di vigilanza e controllo del territorio a dover valutare, in prima battuta, la titolarità in capo all'istante di un diritto protetto dalla normativa sostanziale, che lo legittimi a richiedere e – ricorrendone tutti gli altri presupposti – a ottenere il provvedimento repressivo-sanzionatorio richiesto. In questo senso, l'avvio del procedimento di verifica costituisce sempre un'utilità concreta per chi inoltra richiesta alla P.A., soddisfacendo l'interesse di quest'ultimo alla certezza dei rapporti inter-proprietari a regime amministrativo. Tutt'al più, a mancare potrebbe essere proprio il diritto a ottenere l'atto richiesto⁸⁸⁰, posto che nei poteri di vigilanza sull'attività edilizia l'obbligo a intervenire sorge in capo all'Amministrazione solo quando l'istanza proviene da un terzo che, diversamente dal *quivis de populo*, sia titolare di una situazione giuridica soggettiva riconosciuta e tutelata dalla normativa urbanistico-edilizia⁸⁸¹.

⁸⁷⁹ Sulla sussistenza *in re ipsa* dell'interesse ad agire nelle azioni costitutive e di condanna vd. A. Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 314 ss. L'interesse ad agire, inoltre, è *in re ipsa* ogni qual volta si agisca un credito secondo Cass, sez. III, 9 dicembre 2014, n. 25841, in *Italiureweb.it*.

⁸⁸⁰ L'abitudine della giurisprudenza a richiedere la prova concreta di una lesione nella sfera del ricorrente (cfr. TAR Sicilia - Catania, Sez. IV, del 9 dicembre 2021, n. 3715; T.A.R. Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 15/10/2020, n. 360, in *www.giustizia-amministrativa.it*), invece, finisce per confondere il piano dell'esistenza della situazione giuridica da tutelare (il diritto al provvedimento) con quella dell'assenza di utilità da parte della sentenza di accoglimento. Anche nella dottrina, tuttavia, è convincimento diffuso che per verificare la sussistenza dell'interesse a ricorrere il giudice sia costretto a conoscere della fondatezza della pretesa. Così, ad es., C. Guacci, *La nuova disciplina sulla tutela giurisdizionale avverso l'inerzia dell'amministrazione*, Torino, 2012, 182 ss. e 196 ss.

⁸⁸¹ Cfr. G. Mannucci, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo*, cit., 246 ss.



***Golden powers: i poteri speciali del Governo al vaglio del giudice amministrativo* Nota a T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 13 aprile 2022, nn. 4486 e 4488**

di Enrica Maria Tepedino*
21 giugno 2022

Sommario: 1. Il caso. – 2. I poteri speciali (c.d. *golden powers*): inquadramento generale. – 3. Le questioni oggetto di esame. – 3.1. Il preavviso di rigetto – 3.2. La natura (degli atti applicativi) dei poteri speciali e il sindacato del giudice amministrativo. – 3.3. Il ruolo del Gruppo di coordinamento e la motivazione nel provvedimento finale di esercizio dei poteri speciali. – 4. Conclusioni.

Abstract: L'espressione "golden powers" descrive il complesso di poteri speciali attribuiti al Governo per il controllo su particolari investimenti esteri e di rilevanza strategica nazionale. L'evoluzione normativa dell'istituto in questione è il riflesso del mutato rapporto negli anni dello Stato con il mercato. In questo quadro, il presente studio ricostruisce la vicenda e, analizzando le due pronunce in epigrafe, riflette sul ricorso ai poteri speciali come deroga alle libertà di circolazione di merci e capitali, nonché parti fondanti e fondamentali del progetto europeo per la creazione di un mercato unico. Sebbene finora il Governo abbia utilizzato i poteri speciali in modo limitato, l'ampliamento degli spazi di intervento governativo e la recente tendenza a controllare non solo vicende di carattere straordinario ma anche normali attività contrattuali sollevano nuove e continue questioni da considerare.

The expression "golden powers" describes the set of special powers granted to the government to control particular foreign investments and those of national strategic importance. The normative evolution of the institution in question is a reflection of the changed relationship over the years of the state with the market. Against this backdrop, this study reconstructs the story and, by analyzing the two epigraph pronouncements, reflects on the use of special powers as a derogation from the freedoms of movement of goods and capital, as well as foundational and fundamental parts of the European project to create a single market. Although the government has so far used special powers in a limited way, the widening scope of government intervention and the recent tendency to control not only events of an extraordinary nature but also normal contractual activities raise new and continuing questions for consideration.

1. Il caso

* Avvocato.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Con decreto del 21 ottobre 2021, il Presidente del Consiglio dei ministri ha esercitato il potere di veto ai sensi dell'art. 2, d.l. 15 marzo 2012, n. 21 e, conseguentemente, vietato l'operazione di cessione delle società italiane del Gruppo Verisem a favore di Syngenta Crop Protection AG ("Syngenta"), azienda svizzera operante nel settore dell'agro-industria, specializzata nella produzione di mezzi tecnici per l'agricoltura e nelle attività nel campo delle sementi, controllata dal 2017 dalla multinazionale pubblica cinese ChemChina.

Si tratta del primo caso di esercizio del *golden power* nel settore agroalimentare (in particolare, della produzione di sementi).

Il suddetto decreto è stato impugnato, con separati ricorsi, sia dalla aspirante cessionaria (Syngenta), che dalla impresa *target* (Verisem).

Con motivi sostanzialmente sovrapponibili, le ricorrenti hanno lamentato, preliminarmente, la violazione della garanzia procedimentale consistente nella comunicazione del preavviso di rigetto ai sensi dell'art. 10-*bis* della l. 7 agosto 1990, n. 240.

Nel merito, è stata censurata la valutazione governativa dell'esistenza del presupposto oggettivo per l'esercizio dei poteri speciali, ossia la sussumibilità delle imprese del Gruppo Verisem nell'ambito delle attività di rilevanza strategica individuate in base al combinato disposto del d.l. n. 21/2012 e del d.P.C.M. n. 179/2020.

Entrambe le società ricorrenti, poi, hanno lamentano un vizio di proporzionalità nella scelta adottata dal Governo, il quale – in assenza di una adeguata motivazione – avrebbe esercitato il proprio potere di veto seppure fossero astrattamente configurabili misure alternative meno lesive per i destinatari e altrettanto adeguate allo scopo.

Il T.A.R., con le sentenze in commento, ha rigettato i ricorsi così formulati, confermando, in tal modo, il veto imposto dall'esecutivo.

In primo luogo, il T.A.R. ha rigettato la doglianza relativa all'omessa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, in quanto postulata su una inammissibile equiparazione tra l'obbligo legale di notifica dell'operazione alla Presidenza del Consiglio e la presentazione di una istanza di parte dalla quale prende avvio il procedimento amministrativo.

In secondo luogo, per il giudice amministrativo, la decisione dello Stato di esercitare o meno i poteri speciali, attraverso l'imposizione di "prescrizioni", "condizioni" ovvero opponendosi all'operazione si connota per una amplissima discrezionalità, attesa la natura degli interessi tutelati. In ragione di ciò, tali scelte sono annoverabili tra quelle di "alta amministrazione" e, in quanto tali, sindacabili dal giudice amministrativo nei ristretti limiti della sussistenza di una manifesta illogicità, che, nel caso di specie, il T.A.R. non ha riscontrato.

Infine, il Tribunale ha escluso che il Consiglio dei ministri, in sede collegiale, sia vincolato o comunque tenuto ad adottare una motivazione rafforzata nel caso in cui si determini in maniera difforme rispetto a quanto proposto dal Gruppo di coordinamento al termine dell'istruttoria.



2. I poteri speciali (c.d. *golden powers*): inquadramento generale

L'espressione "*golden powers*" descrive il complesso di poteri speciali attribuiti al Governo, i quali si estrinsecano in forme di controllo sugli investimenti esteri nei settori ritenuti nevralgici e di rilevanza strategica nazionale, a presidio dell'interesse pubblico generale⁸⁸².

L'evoluzione normativa dell'istituto in questione è il riflesso del mutato rapporto negli anni dello Stato con il mercato, il quale dapprima ha ricoperto le vesti di "azionista" (quando il sistema era imperniato intorno alla cd. *golden share*), poi quelle di "regolatore" (con l'adozione del d.l. 15 marzo 2012, n. 21 e il conseguente abbandono dell'azione dorata a favore del diverso sistema dei *golden powers*) fino ad atteggiarsi a "stratega", chiamato cioè a perimetrare la nozione di sicurezza nazionale e a verificarne la compromissione sulla base di una pluralità di valutazioni di tipo geo-economico e geo-politico⁸⁸³.

L'attuale disciplina è dettata dal d.l. 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, in l. 11 maggio 2012, n. 56, frutto di un lungo contraddittorio con le Istituzioni europee e più volte modificato ed integrato⁸⁸⁴, anche al fine di garantire

⁸⁸² Trattasi, in altri termini, del potere «di varia natura (*informativo, interdittivo, conformativo*) che gli Stati possono esercitare nei confronti degli investitori esteri e delle imprese da questi controllate a tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico dello Stato e così, più specificamente, dei settori strategici e degli interessi pubblici protetti che richiedano, a giudizio di un Paese, un controllo dell'investimento» (da M. RESCIGNO, E. RIMINI, "*Golden power e coronavirus: regole per l'emergenza o per il futuro*", in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2020, n. 2, pp. 517-544).

⁸⁸³ La riflessione è apertamente tratta da R. GAROFOLI, "*Golden Power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*", in *www.federalismi.it*, 2019, n. 17.

⁸⁸⁴ Per la ricostruzione delle varie fasi del processo normativo cui si è fatto riferimento, si veda V. LOPILATO, "*Manuale di Diritto Amministrativo*", Giappichelli Editore, Torino, 2021, Vol. 1 – Parte generale, in particolare pp. 412-417. In estrema sintesi, l'Autore distingue quattro periodi: *i*) nel primo periodo, che va dal 1994 al 2011, era prevista la *golden share* di cui al d.l. n. 332/1994, convertito in l. 474/1994, e cioè una disciplina di protezione societaria *ex ante* introdotta a seguito dei processi di privatizzazione; *ii*) nel secondo periodo, che va dal 2012 al 2017, per superare le censure di incompatibilità con la normativa europea formulate dalla Corte di Giustizia rispetto al meccanismo della "azione dorata", veniva introdotto il *golden power* con il d.l. n. 21/2012; *iii*) nel terzo periodo, l'ambito dei poteri speciali è stato ulteriormente ampliato dapprima con d.l. 16 ottobre 2017, n. 148, convertito, con modificazioni, in l. 4 dicembre 2017, n. 172, successivamente con d.l. 25 marzo 2019, n. 22, convertito, con modificazioni, in l. 20 maggio 2019, n. 41, e, infine, con d.l. 29 settembre 2019, n. 105, convertito, con modificazioni, in l. 18 novembre 2019, n. 133; *iv*) nel quarto periodo, infine, gli artt. 15-17 del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito, con modificazioni, in l. 5 giugno 2020, n. 40 (c.d. Decreto Liquidità) hanno introdotto ulteriori misure per far fronte all'emergenza epidemiologica. Per ulteriori approfondimenti sul delineato *excursus*, si rinvia, tra gli altri, a F. BASSAN, "*Dalla golden share al golden power: il cambio di paradigma europeo nell'intervento dello Stato sull'economia*", in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, n. 9, pp. 57-80; A. COMINO, "*Golden power per dimenticare la golden share. Le nuove forme di intervento pubblico sugli assetti societari nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni*", in *Rivista italiana diritto pubblico comunitario*, 2019, n. 5, pp. 1019-1053; F. MARCONI, "*L'intervento pubblico nell'economia e il mutevole ruolo dello Stato: il nuovo golden power tra competizione*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

l'allineamento con il Reg. UE n. 2019/452⁸⁸⁵.

Specificamente, il succitato decreto n. 21/2012 definisce, anche mediante rinvio a fonti normative secondarie (*sub specie* d.P.C.M.⁸⁸⁶), l'ambito oggettivo e soggettivo, le tipologie, le condizioni e le procedure di esercizio da parte dell'Esecutivo dei poteri in questione.

In estrema sintesi, l'apparato complessivamente delineato dal decreto del 2012 è potenzialmente invocabile allorquando venga in rilievo una vicenda riguardante società operanti in determinati settori critici o strategici.

Così, innanzitutto, l'art. 1 disciplina i poteri speciali riconosciuti al Governo in riferimento alle imprese che esercitano attività di rilevanza strategica nei settori della difesa e

geopolitica e valutazioni economico-strategiche", in www.federalismi.it, 2021, n. 20, pp. 39-62. Da ultimo, il decreto *Golden power* è stato modificato con d.l. 21 marzo 2022, n. 21, convertito, con modificazioni, in l. 20 maggio 2022, n. 51 (v. *sub* nota n. 15).

⁸⁸⁵ Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 marzo 2019 che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione, entrato in vigore l'11 ottobre 2020.

Ai sensi del citato Regolamento, per "*investimento estero diretto*" si intende, con una definizione molto ampia, un investimento di qualsiasi tipo da parte di un investitore estero inteso a stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra l'investitore estero e l'imprenditore o l'impresa cui è messo a disposizione il capitale al fine di esercitare un'attività economica in uno Stato membro, compresi gli investimenti che consentono una partecipazione effettiva alla gestione o al controllo di una società che esercita un'attività economica. Per "*investitore estero*", poi, il riferimento è ad una persona fisica di un paese terzo o ad un'impresa di un paese terzo che intende realizzare o ha realizzato un investimento estero diretto come sopra definito (art. 3).

La dottrina ha evidenziato come, tramite tale Regolamento, l'Unione abbia sostanzialmente realizzato un ombrello di protezione comune, prefigurando una sorta di sovranità europea in relazione agli investimenti esteri diretti. Così: A. SANDULLI, "*Le relazioni tra Stato e Unione Europea nella pandemia, con particolare riferimento al golden power*", in *Diritto Pubblico*, 2020, n. 2, pp. 405-420.

Il legislatore europeo ha, dunque, riconosciuto l'importanza di assicurare il coordinamento e la cooperazione a livello di Unione in merito al controllo degli investimenti esteri diretti che possono incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico: la valutazione di un'operazione di investimenti esteri diretti, invero, se svolta unicamente nella prospettiva nazionale, rischia, da un lato, di non tenere conto delle conseguenze sul mercato interno europeo dei beni e servizi e, dall'altro, di non prendere in considerazione, nei settori considerati, analoghe e contestuali operazioni in altri Stati membri con impatti sugli equilibri interni all'Unione.

Ad ogni modo, un siffatto quadro comune non pregiudica la responsabilità esclusiva degli Stati membri per quanto riguarda la tutela della loro sicurezza nazionale, in conformità dell'art. 4, par. 2, TUE, così come non pregiudica la tutela degli interessi essenziali della sicurezza degli Stati membri conformemente all'art. 346 TFUE.

Per una più dettagliata analisi del Regolamento in questione, sia consentito, in questa sede, rinviare a M. RESCIGNO, "*Il nuovo regolamento UE 2019/452 sul controllo degli investimenti diretti tra integrazione dei mercati, sistemi nazionali e ruolo dell'Europa*", in *Giurisprudenza commerciale*, 2020, n. 1.

⁸⁸⁶ Trattasi di atti amministrativi generali. Così: R. SPAGNUOLO VIGORITA, "*Golden power: per un nuovo paradigma di intervento dello Stato nell'economia*", in *Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, 2021, n. 4, p. 121.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

sicurezza nazionale⁸⁸⁷; il successivo art. 1-*bis*, poi, specifica che costituiscono attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale i servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G⁸⁸⁸.

Il successivo art. 2, invece, prevede e disciplina i poteri speciali in riferimento alle imprese che detengono attivi di rilevanza strategica per l'interesse nazionale nei settori dell'energia, trasporti e comunicazioni⁸⁸⁹, nonché nei settori di cui all'art. 4, par. 1 del Reg. UE n. 2019/452⁸⁹⁰.

Ciò posto, il legislatore ha attribuito al Governo dei poteri che si sostanziano principalmente nella facoltà di porre il veto rispetto all'adozione di determinate delibere, atti e operazioni dell'assemblea o dell'organo di amministrazione delle imprese individuate alla luce dei criteri di cui sopra, nonché di dettare impegni e condizioni in caso di acquisto di partecipazioni qualificate in tali imprese ovvero di opporsi all'acquisto delle medesime partecipazioni⁸⁹¹.

⁸⁸⁷ Tali settori sono stati individuati dal d.P.C.M. 6 giugno 2014, n. 108 (*“Regolamento per l'individuazione delle attività di rilevanza strategica per il sistema di difesa e sicurezza nazionale, a norma dell'articolo 1, comma 1, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56”*).

⁸⁸⁸ In questo caso, però, la disciplina di cui all'art. 1-*bis* riguarda l'attività contrattuale per l'acquisizione di beni e servizi, non le vicende traslative.

⁸⁸⁹ Gli attivi di rilevanza strategica nei settori dell'energia, trasporti e comunicazioni sono stati individuati dapprima con d.P.R. n. 85 del 2014 e, successivamente, con d.P.C.M. 23 dicembre 2020, n. 180, che ha sostituito il precedente.

⁸⁹⁰ L'art. 4 (*“Fattori che possono essere presi in considerazione dagli Stati membri e dalla Commissione”*) del Regolamento n. 2019/45, al paragrafo 1, così dispone: «1. Nel determinare se un investimento estero diretto possa incidere sulla sicurezza o sull'ordine pubblico, gli Stati membri e la Commissione possono prendere in considerazione i suoi effetti potenziali, tra l'altro, a livello di: a) infrastrutture critiche, siano esse fisiche o virtuali, tra cui l'energia, i trasporti, l'acqua, la salute, le comunicazioni, i media, il trattamento o l'archiviazione di dati, le infrastrutture aerospaziali, di difesa, elettorali o finanziarie, e le strutture sensibili, nonché gli investimenti in terreni e immobili fondamentali per l'utilizzo di tali infrastrutture; b) tecnologie critiche e prodotti a duplice uso quali definiti nell'articolo 2, punto 1, del regolamento (CE) n. 428/2009 del Consiglio, tra cui l'intelligenza artificiale, la robotica, i semiconduttori, la cibersicurezza, le tecnologie aerospaziali, di difesa, di stoccaggio dell'energia, quantistica e nucleare, nonché le nanotecnologie e le biotecnologie; c) sicurezza dell'approvvigionamento di fattori produttivi critici, tra cui l'energia e le materie prime, nonché la sicurezza alimentare; d) accesso a informazioni sensibili, compresi i dati personali, o la capacità di controllare tali informazioni; o e) libertà e pluralismo dei media». Tali settori ulteriori, sono stati individuati dal d.P.C.M. 18 dicembre 2020, n. 179 (*“Regolamento per l'individuazione dei beni e dei rapporti di interesse nazionale nei settori di cui all'articolo 4, paragrafo 1, del regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2019, a norma dell'articolo 2, comma 1-ter, del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56”*).

⁸⁹¹ F. BIANCONI, *“I golden powers nella legislazione d'emergenza: riflessioni a margine dell'estensione dei poteri speciali governativi”*, in *Contratto e Impresa*, 2022, n. 1, pp. 202-251, mette in evidenza la diversità di impostazione tra gli artt. 1 e 2 del decreto del 2012.

Da un lato, l'art. 1, co. 1, articola i poteri governativi, enucleando tre distinte fattispecie, di cui rispettivamente alle lett. a), b) e c). L'art. 2, diversamente, disciplina unitariamente i poteri governativi ivi riconosciuti.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

In altri termini, posto che esistono *asset* strategici per l'interesse nazionale, lo Stato (tramite Presidenza del Consiglio dei ministri) si è dotato di una “*gigantesca lente di ingrandimento*” sulle c.d. operazioni rilevanti, consistenti nel “*passaggio di mano*” di tali *asset* e, quindi, potenzialmente pericolose per gli equilibri nazionali⁸⁹².

I poteri sono esercitati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, previa delibera del Consiglio dei ministri, su proposta del Gruppo di coordinamento⁸⁹³.

Affinché il Governo possa esercitare i suddetti poteri, la legge impone obblighi di notifica e di informazione gravanti in capo alle imprese che gestiscono attivi strategici, con riferimento a specifiche delibere, atti e operazioni⁸⁹⁴, nonché ai soggetti stranieri che acquistano partecipazioni rilevanti nelle medesime imprese.

Perfezionata la notifica nei confronti della Presidenza del Consiglio dei ministri, quest'ultima ha un termine di 45 giorni per esprimersi, decorso il quale si desume implicitamente il rilascio della *clearance* sull'operazione notificata.

L'inosservanza degli obblighi di notifica o l'inadempimento di impegni e condizioni derivanti dall'esercizio dei poteri speciali sono estremamente rilevanti: sul piano civilistico, è comminata la nullità delle operazioni, atti e delibere assunti in violazione degli obblighi di notifica a cui segue l'ulteriore possibilità, per il Governo, di ordinare alle parti coinvolte di ripristinare lo *status quo ante* all'operazione; sul piano amministrativo, invece, sono comminate sanzioni pecuniarie pari al doppio del valore dell'operazione e comunque non inferiori all'uno per cento del fatturato cumulato realizzato dalle imprese coinvolte nelle

Dall'altro, anche i presupposti applicativi sembrano differenziarsi: mentre i poteri *ex art. 1* possono esercitarsi in presenza di una “*minaccia di grave pregiudizio agli interessi essenziali della difesa e sicurezza nazionale*”, ai fini della fattispecie contemplata dall'art. 2, per contro, si richiede una “*situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi relativi alla sicurezza e al funzionamento degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti*” nonché “*un pericolo per la sicurezza o per l'ordine pubblico*”. L'Autrice, pertanto, conclude nel senso che la maggiore rigidità con cui sono delineati i presupposti per l'esercizio dei poteri governativi nel secondo caso è evidentemente imputabile alla minore incisività per l'interesse nazionale dei settori rilevanti ai sensi dell'art. 2 rispetto a quelli della difesa e sicurezza nazionale. In questo senso, anche L. ARDIZZONE, M.L. VITALI, “*I poteri speciali dello Stato nei settori di pubblica utilità*”, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. I, 2013, in particolare p. 935, a parere dei quali una siffatta diversificazione affonda le proprie radici nella necessità di rispettare il principio di proporzionalità, conformemente alla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia.

⁸⁹² Cfr. D. IELO, “*Riflessioni sul sindacato del giudice amministrativo sui cosiddetti Golden Powers*”, in *Rivista Interdisciplinare sul Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, 2021, n. 4, pp. 59-111.

⁸⁹³ Sul Gruppo di coordinamento si rinvia a quanto si dirà nel prosieguo del presente scritto.

⁸⁹⁴ Tra questi, a titolo esemplificativo, rientrano le delibere dell'assemblea o degli organi di amministrazione aventi ad oggetto la fusione o la scissione della società, il trasferimento dell'azienda o di rami di essa in cui siano compresi gli attivi rilevanti o l'assegnazione degli stessi a titolo di garanzia, il trasferimento di società controllate che detengono i predetti attivi, ovvero che abbia per effetto il trasferimento della sede sociale in un Paese non appartenente all'Unione europea; il cambiamento della destinazione dei beni e rapporti strategici in questione, nonché qualsiasi delibera che abbia ad oggetto la modifica dell'oggetto sociale, lo scioglimento della società che detiene i predetti *asset* strategici o la modifica di determinate clausole statutarie.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

operazioni illegittime (salvo che la violazione non costituisca reato).

In reazione alla crisi pandemica, gli artt. 15-17 del d.l. 23 del 2020, convertito, con modificazioni, in l. 5 giugno 2020, n. 40 (c.d. Decreto Liquidità) hanno inciso in maniera profonda su (almeno) tre profili principali: *i*) sono stati ampliati i settori di rilevanza, fino a ricomprendere nell'ambito di applicazione delle prerogative dell'Esecutivo – tra gli altri – anche il settore finanziario, creditizio e assicurativo (art. 15, co. 1); *ii*) sono stati sottoposti alla disciplina in esame, al ricorrere di determinati presupposti, anche gli acquisti di partecipazioni da parte di soggetti UE, non soltanto per acquisizioni che conferiscono il controllo dell'impresa, ma anche per quelle superiori al 10% della partecipazione (art. 15, co. 1); *iii*) dal punto di vista procedurale, è stata introdotta la possibilità di esercitare i poteri anche *ex officio*, in caso di omessa notifica da parte dei soggetti obbligati (art. 16, co. 1, lett. a) e d)⁸⁹⁵.

Di recente, con d.l. 21 marzo 2022, n. 21 (artt. 24-28), convertito, con modificazioni, in l. 20 maggio 2022, n. 51, il legislatore è nuovamente tornato ad incidere sull'assetto complessivo dei *golden powers*, questa volta al fine di arginare le conseguenze negative propagate dalla crisi ucraina⁸⁹⁶.

⁸⁹⁵ F. BIANCONI, *op. cit.*, opera una distinzione tra le norme richiamate, chiarendo che solo l'art. 16 del d.l. n. 23/2020 ha inciso sul regime ordinario del *golden power* (e, quindi, in maniera definitiva e non temporanea). L'art. 15, per contro, non modifica l'impianto normativo di base come delineato dal d.l. n. 21/2012, ma introduce un regime temporaneo "rafforzato" in risposta all'emergenza sanitaria. Il termine di efficacia del regime transitorio ivi previsto, originariamente previsto al 31 dicembre 2020, è stato dapprima prorogato al 30 giugno 2021 (ex art. 10-ter, d. l. n. 137 del 2020, convertito, con modificazioni, in l. n. 176 del 2020), poi al 31 dicembre 2021 (ex art. 4, d.l. n. 56 del 2021) e, da ultimo, al 31 dicembre 2022 (ex art. 17, d.l. 30 dicembre 2021, n. 228, convertito, con modificazioni, il l. 25 febbraio 2022, n. 15).

L'art. 15 apporta modifiche all'art. 4-bis, co. 3, del d.l. 21 settembre 2019, n. 105, convertito con modificazioni dalla legge 18 novembre 2019, n. 133. In primo luogo, con una disposizione di carattere transitorio, ne modifica il primo paragrafo introducendo un regime temporaneo fino all'adozione del decreto atto ad individuare i beni e i rapporti di rilevanza strategica per l'interesse nazionale nei settori richiamati. Tale decreto è stato adottato il 18 dicembre 2020 (d.P.C.M. n. 179/2020). In secondo luogo, aggiunge il co. 3-bis, introducendo il regime temporaneo speciale di cui si è pocanzi detto. Pertanto, in sintesi, «*fino al 31 dicembre 2022 troverà applicazione il regime temporaneo di cui all'art. 4 bis, comma 3 bis, lett. a), d.l. n. 105 del 2019, come modificato dall'art. 15 d.l. n. 23 del 2020, con la conseguenza che i poteri speciali governativi potranno essere esercitati anche in riferimento ad imprese che detengano beni o rapporti rientranti nei settori indicati dal Reg. UE 452 del 2020, anche se ulteriori rispetto a quelli elencati nel decreto attuativo. Successivamente, una volta cessato il regime straordinario, i poteri speciali potranno essere esercitati ai sensi dell'art. 2, comma 1 ter, esclusivamente rispetto alle imprese che detengono gli assets strategici specificamente individuati (...)*» e «*(fino al 31 dicembre 2022 sono, dunque, tenuti a notificare gli acquisti di partecipazioni qualificate ex art 2, comma 5, d.l. n. 21 del 2012 tanto i soggetti «intra-UE», quanto i soggetti «extra-UE», sia pure al ricorrere di presupposti oggettivi in parte differenti*».

Su un piano ancora diverso si pone, infine, l'art. 17, il quale non incide direttamente sull'assetto dei *golden powers*, ma apporta modifiche all'art. 120 TUF.

⁸⁹⁶ Poiché la vicenda giudiziaria in commento si iscrive nel contesto normativo previgente la recentissima modifica, in questa sede ci si limiterà a tratteggiare esclusivamente gli aspetti principali della novella legislativa. In particolare: *i*) gli artt. 24 e 25 precisano, nei rispettivi settori di rilevanza,



3. Le questioni oggetto di esame

Quello sin qui delineato – seppur nelle sue linee essenziali – costituisce lo sfondo sul quale si innestano le pronunce in commento.

In via preliminare, il Collegio⁸⁹⁷ si è rapidamente soffermato sull'intervento *ad opponendum* (dunque, a sostegno del Governo) di una società terza, B.F. S.p.A., la quale ha sostenuto di avere, nel caso di conferma della legittimità del provvedimento impugnato, concreto interesse a sua volta all'acquisizione del Gruppo Verisem. Tale circostanza è stata ritenuta sufficiente dal TAR per considerare ammissibile l'intervento.

L'inciso si palesa di interesse in quanto stimola l'ulteriore riflessione sulla possibile tutela (anche) dei terzi rispetto alla vicenda dei poteri speciali.

A tal riguardo, si osserva che la normativa attuale non prevede alcuna pubblicazione né delle notifiche effettuate, né di un estratto dell'operazione, così come non disciplina alcun meccanismo di comunicazione e pubblicazione né delle decisioni di *clearance* né delle decisioni di divieto o autorizzazione con misure: il silenzio del legislatore sul punto si ripercuote inevitabilmente sulle *chances* di tutela dei terzi, per i quali non sarà propriamente agevole partecipare al procedimento amministrativo, intervenire nella eventuale successiva fase di revisione giurisdizionale della decisione di esercizio dei poteri ovvero impugnare autonomamente una eventuale decisione di *clearance*⁸⁹⁸.

Si tratta, comunque, di un profilo non indagato nel caso in esame.

Ricostruiti i fatti di causa e risolta la circostanza preliminare di cui si è appena detto, il T.A.R., salvo poi concludere per il rigetto di entrambi i ricorsi promossi dalle due protagoniste della (bloccata) operazione societaria, si è occupato essenzialmente di tre macro-questioni: *i*) l'applicabilità dell'art. 10-bis della l. n. 241/1990; *ii*) la natura giuridica degli atti che vengono in rilievo e il conseguente spazio di intervento giurisdizionale; *iii*) il ruolo del Gruppo di coordinamento e la rilevanza delle risultanze istruttorie in sede di deliberazione definitiva.

la portata del potere di veto e ridefiniscono la disciplina degli obblighi di notifica; *ii*) l'art. 26 stabilisce che con d.P.C.M. possono essere individuate misure di semplificazione delle modalità di notifica, dei termini e delle procedure relativi all'istruttoria finalizzata all'eventuale esercizio dei poteri speciali, prevedendo la "prenotifica", che consente una valutazione preliminare delle operazioni; *iii*) l'art. 27 prevede misure di potenziamento della capacità amministrativa della Presidenza del Consiglio dei ministri; *iv*) l'art. 28 prevede la ridefinizione dei poteri speciali in materia di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G e *cloud*.

⁸⁹⁷ In verità, tale profilo è stato affrontato solo nella sentenza n. 4488 nel ricorso promosso da Syngenta.

⁸⁹⁸ In questi termini, la questione è stata posta da L. VASQUES, "Golden Power. Alcune note a margine della disciplina emergenziale del controllo governativo sulle acquisizioni in Italia", in *Mercato Concorrenza e Regole*, 2020, n. 1, pp. 119-137.



3.1. Il preavviso di rigetto

Come anticipato, a seguito delle modifiche apportate dal d.l. n. 23 del 2020, l'Esecutivo può venire a conoscenza dell'operazione rilevante sia attraverso la notifica da parte dell'impresa, sia all'esito di un apposito procedimento di accertamento della violazione dell'obbligo di notifica.

Presupposto logico e giuridico dell'(eventuale) esercizio dei poteri speciali, quindi, non è la notifica in sé o l'acquisizione d'ufficio delle informazioni, quanto, piuttosto, la ricorrenza delle circostanze fattuali indicate nella normativa⁸⁹⁹: perciò, acquisita – previa notifica o d'ufficio – la notizia dell'operazione rilevante, prende avvio uno speciale procedimento amministrativo che può concludersi con l'esercizio dei poteri speciali.

Occorre allora chiedersi in che misura siano applicabili al procedimento in questione le regole generali poste dalla l. n. 241 del 1990.

Lungo questa falsariga, il T.A.R. ha chiarito il rapporto tra il procedimento speciale avviato ai sensi e per gli effetti del d.l. n. 21/2012 e l'art. 10-bis della l. n. 241 del 1990 (*"Comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza"*).

La norma stabilisce che nei procedimenti ad istanza di parte, il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano all'accoglimento della domanda.

Il T.A.R., confermando quanto già evidenziato da parte della dottrina⁹⁰⁰, ha escluso che l'esercizio dei poteri speciali debba essere preceduto dalla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.

L'esclusione, in particolare, poggia su una duplice constatazione.

Innanzitutto, la notifica effettuata dall'impresa alla Presidenza non può considerarsi alla stregua di una istanza di parte, costituendo, per contro, un mero atto dovuto imposto dalla normativa di settore.

In secondo luogo, è parimenti determinante constatare che la notifica, oltre a non includere alcuna richiesta, presenta un contenuto meramente informativo e di ausilio all'esercizio dei poteri speciali, in quanto consiste esclusivamente nella trasmissione all'autorità competente di predeterminate informazioni aziendali, societarie, industriali e finanziarie⁹⁰¹ necessarie per una completa valutazione dell'operazione oggetto di notifica.

⁸⁹⁹ A. GEMMI, *"La Golden power come potere amministrativo. Primi spunti per uno studio sui poteri speciali e sul loro rafforzamento"*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, n. 1, pp. 381-420.

⁹⁰⁰ G. NAPOLITANO, *"I golden power italiani alla prova del Regolamento europeo"*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, il Mulino, Bologna, 2019, p. 131; A. GEMMI, *op. cit.*, p. 409.

⁹⁰¹ L'art. 2, co. 4, d.l. n. 21/2012, infatti, così dispone: «4. Con le notifiche di cui ai commi 2 e 2-bis, è fornita al Governo una informativa completa sulla delibera, atto o operazione in modo da consentire



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Non venendo in rilievo un procedimento ad istanza di parte, pertanto, il T.A.R. conclude del senso che il procedimento in questione non sia riconducibile nell'ambito di applicazione del citato art. 10-bis.

In aggiunta a quanto linearmente argomentato dal Collegio, si consideri altresì che l'istanza di parte all'avvio di un procedimento amministrativo, in linea generale, si caratterizza per la titolarità di un interesse legittimo pretensivo dell'istante, il quale ambisce al conseguimento – all'esito del procedimento avviato su suo impulso – di un provvedimento favorevole ampliativo della propria sfera giuridica⁹⁰²: è, quindi, di palmare evidenza la divergenza rispetto alla dinamica sottesa alla notifica effettuata ai sensi del d.l. del 2012, in cui il notificante è (semmai) titolare di un interesse legittimo oppositivo all'esercizio dei poteri governativi.

Inoltre, nel senso che il preavviso di rigetto non sia un adempimento necessario rispetto all'esercizio dei poteri speciali sembrerebbe deporre anche il tenore testuale dell'art. 2 del d.l. n. 21/2012, posto che nel procedimento ivi previsto il contraddittorio con l'impresa appare solo eventuale.

Ciò, però, non esclude l'interrogativo (a monte) se l'assenza di una necessaria interlocuzione procedimentale in questa materia costituisca un *vulnus* al principio di buona amministrazione ovvero se gli obiettivi di tutela degli interessi generali perseguiti dalla normativa in commento giustifichino una contrazione del contraddittorio e delle garanzie procedimentali⁹⁰³.

3.2. La natura (degli atti applicativi) dei poteri speciali e il sindacato del giudice amministrativo

Il nocciolo duro delle sentenze in commento, ad ogni modo, attiene alla netta presa di posizione del T.A.R. in ordine alla natura giuridica degli atti di esercizio dei poteri speciali.

La tematica, lungi dall'essere prettamente teorica, ha una eminente rilevanza pratica, poiché incide sulla ampiezza del sindacato del giudice amministrativo.

La normativa in materia di *golden power* sembra rinvenire la sua *ratio* nell'assicurare che lo Stato disponga di adeguati strumenti di tutela qualora il mercato e la sua regolazione

l'eventuale tempestivo esercizio del potere di veto». Sul sito internet del Governo italiano, inoltre, sono messi a disposizione delle imprese moduli di notifica, approvati con d.S.G. 17 novembre 2020.

⁹⁰² V. LOPILATO, *op. cit.*, p. 571.

⁹⁰³ In generale, secondo una giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, il diritto al contraddittorio procedimentale e al rispetto dei diritti della difesa non si configura come una prerogativa assoluta, ma può soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente a obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti (sentenze del 9 novembre 2017, Teodor Ispas e Anduța Ispas contro Direcția Generală a Finanțelor Publice Cluj, C-298/16, § 35; del 26 settembre 2013, Texdata Software, C-418/11, § 84, nonché del 3 luglio 2014, Kamino International Logistics e Datema Hellmann Worldwide Logistics, C-129/13 e C-130/13, § 42).



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

non riescano concretamente ad impedire che i meccanismi economici attraverso cui si esprime la libertà di impresa minaccino gli interessi strategici⁹⁰⁴.

I poteri speciali, in altri termini, si collocano in una zona grigia in bilico tra altissima discrezionalità e scelte politiche.

Ebbene, a parere della giurisprudenza amministrativa, l'esercizio di poteri speciali «ponendo delle limitazioni ai principi comunitari della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei capitali, deve trovare la sua giustificazione nel perseguimento del fine legislativo di consentire l'intervento statale qualora l'operazione societaria possa compromettere gli interessi della difesa e della sicurezza nazionale, avuto riguardo all'incidenza su beni considerati di rilevanza strategica»⁹⁰⁵.

Sul rilievo che non si tratta di un potere "libero nei fini", ma di un'attività vincolata nelle modalità di esercizio e nel perseguimento di un fine prestabilito⁹⁰⁶, il T.A.R., conseguentemente, riconduce l'esercizio dei poteri speciali nel novero delle scelte di alta amministrazione⁹⁰⁷.

Gli atti di alta amministrazione sono quegli atti, adottati da soggetti al vertice dell'organizzazione pubblica, connotati da amplissima discrezionalità, con i quali si coniugano i fini di suprema direzione della cosa pubblica con l'attività amministrativa concreta⁹⁰⁸.

Questi costituiscono una *species* del più ampio *genus* degli atti amministrativi e ne condividono il regime giuridico, inclusa la sottoponibilità al controllo giurisdizionale. La natura abbondantemente discrezionale di tali atti, però, incide inevitabilmente sul sindacato del giudice, circoscrivendone la portata: il giudice amministrativo investito dell'impugnativa di un atto di alta amministrazione, infatti, deve limitarsi (ovviamente, nei limiti della domanda) alla rilevazione di manifeste illogicità formali e procedurali, al riscontro dell'esistenza dei presupposti e alla congruità della motivazione rispetto ai suoi presupposti⁹⁰⁹.

⁹⁰⁴ Così A. GEMMI, *op. cit.*, p. 389.

⁹⁰⁵ T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 24 luglio 2020, n. 8742, testualmente richiamato dalle pronunce in commento.

⁹⁰⁶ Per quanto ampia possa presentarsi la discrezionalità amministrativa della pubblica amministrazione, quest'ultima sarà sempre vincolata dal necessario perseguimento delle finalità pubbliche, nonché nell'impossibilità di utilizzare un atto per fini diversi da quelli per i quali il potere stesso è stato concesso: è proprio questa la netta linea di confine con la contigua categoria degli atti politici che, ai sensi dell'art. 7 c.p.a., sono (tendenzialmente) sottratti al controllo giurisdizionale.

⁹⁰⁷ In dottrina, ricostruiscono in questi termini la natura del potere R. GAROFOLI, *op. cit.*, p. 102, nonché R. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, p. 121. Parzialmente diversa è la lettura proposta da F. MARCONI, *op. cit.*, p. 57, la quale distingue: è espressione di potere politico la decisione finale sull'esercizio dei poteri speciali che riguarda la sicurezza e la difesa nazionale; mentre è espressione di potere amministrativo la decisione che riguarda la tutela di assetti strategici.

⁹⁰⁸ V. CERULLI IRELLI, "Sugli atti di alta amministrazione", in *Giurisprudenza costituzionale*, 2013, p. 1377.

⁹⁰⁹ G. PEPE, "Il principio di effettività della tutela giurisdizionale tra atti politici, atti di alta amministrazione e leggi-provvedimento", in www.federalismi.it, 2017, n. 22



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Trasponendo queste enunciazioni di carattere generale al caso specifico della contestazione giudiziale dell'esercizio dei *golden powers*⁹¹⁰, allora il giudice amministrativo sarà chiamato ad accertare la sussistenza dei presupposti e il rispetto dei limiti individuati dalla legge per l'esercizio del potere medesimo⁹¹¹ e, nel fare ciò, dovrà prediligere un'interpretazione restrittiva e tassativa delle facoltà attribuite agli Stati, considerata l'eccezionalità dei *golden powers* e dei loro effetti.

Coerentemente con siffatte premesse, nella vicenda in commento il T.A.R., richiamando il suo unico precedente sul punto⁹¹², conferma il necessario rispetto del principio di legalità anche (e soprattutto) nel settore dei *golden powers*: i poteri speciali, cioè, possono essere esercitati unicamente nelle ipotesi preventivamente individuate e solo nei confronti dei soggetti tenuti a rispettare l'obbligo di notifica.

Senonché, il *punctum dolens* attiene proprio all'inquadramento, da parte del giudice, della fattispecie concreta in quella astratta prevista dalla norma.

Invero, da un lato, l'art. 2 del d.l. n. 21/2012 individua quale presupposto fondamentale per l'esercizio dei poteri ivi prescritti la *situazione eccezionale, non disciplinata dalla normativa nazionale ed europea di settore, di minaccia di grave pregiudizio per gli interessi pubblici relativi alla sicurezza e al funzionamento degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti* nonché *un pericolo per la sicurezza e l'ordine pubblico*; dall'altro, il d.P.C.M. n. 179/2020, in cui è stato sostanzialmente trasposto (in parte) il Regolamento UE n. 2019/452, fa propri concetti giuridici altrettanto indeterminati, generici e flessibili, come, ad esempio, "*infrastrutture critiche*", "*fattori produttivi critici*", "*fattori di vulnerabilità*", oltre che rimandare, in più punti, ad un non meglio specificato giudizio di essenzialità, abdicando all'intento definitorio cui era originariamente vocato.

Plastica esemplificazione della concreta difficoltà in cui il giudice incorre nell'effettuare un sindacato sulla sussistenza dei presupposti dei *golden powers* è rinvenibile nel caso di specie, in cui a fronte di un vizio fondamentalmente di carattere fattuale (e cioè: le ricorrenti hanno negato di svolgere l'attività prevista dalla normativa applicata), il T.A.R. si è appiattito – *absit iniuria verbis* – sulle argomentazioni rese dell'amministrazione per cui le società *target* possiedono beni di rilevanza strategica per l'interesse nazionale e svolgono attività implicante l'utilizzo di tecnologie critiche ai sensi dell'art. 9 del d.P.C.M. n. 179/2020 nonché la raccolta di dati ai sensi dell'art. 6 del medesimo d.P.C.M.

Nonostante la questione avrebbe meritato un ulteriore approfondimento⁹¹³, il Collegio – stante la palmare indeterminatezza dei concetti da applicare – ha preferito glissare, per

⁹¹⁰ Sul piano processuale, il codice del processo amministrativo, all'art. 133, lett. z-quinquies) assoggetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative all'esercizio dei poteri speciali e, in particolare, alla competenza funzionale del T.A.R. Lazio, sede di Roma (art. 135, lett. h), c.p.a.). Tali controversie, inoltre, sono sottoposte a rito speciale accelerato ai sensi dell'art. 119 c.p.a.

⁹¹¹ Crf. D. IELO, *op. cit.*, in particolare pp. 70 e ss.

⁹¹² T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 24 luglio 2020, n. 8742

⁹¹³ M. CLARICH, G. MARRA, "*Golden power: il Giudice conferma il potere dello Stato*", in www.dirittobancario.it, editoriale aprile 2022.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

evitare (forse?) di correre il rischio di intromettersi nell'opportunità di scelte ad appannaggio esclusivo dell'amministrazione e al limite della politica.

Se, per un verso, la qualifica di atti di alta amministrazione è funzionale ad includere nell'orbita del sindacato del giudice amministrativo anche gli atti di esercizio dei poteri speciali, dall'altro non può ignorarsi l'oggettiva fatica per l'organo giudiziario nel districarsi tra scelte strategiche e delicati equilibri geopolitici anche (e soprattutto) internazionali⁹¹⁴, oltre che nell'individuare i confini della manifesta illogicità entro i quali poter intervenire.

L'impressione finale è che, onde evitare di incorrere in procedure di infrazione e richiami da parte dalle Istituzioni europee, il legislatore nazionale abbia "procedimentalizzato" un potere che, nella sostanza, rimane connotato da un elevato tasso di discrezionalità politica, prima ancora che amministrativa.

Conseguentemente, seppur formalmente qualificato dai giudici amministrativi come scelta di alta amministrazione, non sembra revocabile in dubbio che il potere speciale riconosciuto al Governo, in ogni sua manifestazione, sia di fatto connotato da un alto tasso di politicità⁹¹⁵ difficilmente censurabile in giudizio.

Non stupisce, quindi, che in altre realtà nazionali si sia optato per una ricostruzione differente.

Si pensi agli Stati Uniti, dove un sistema di controllo sugli investimenti esteri a presidio della sicurezza nazionale si è profilato ben prima che in Europa.

Lì, l'attuale disciplina del *golden power* è incentrata sulle funzioni del *Commitee on Foreign Investment in the United States* (CFIUS), ossia l'autorità amministrativa cui compete l'analisi delle operazioni societarie suscettibili di incidere sui temi di sicurezza nazionale e che assomma competenze istruttorie e decisorie (limitatamente alle ipotesi di nullavota o nullavota condizionato). In ultima istanza, però, è solo al Presidente che compete il potere di porre il veto nei casi in cui valuti preminente l'interesse alla sicurezza nazionale rispetto alla libertà di mercato⁹¹⁶.

Ebbene, in un siffatto contesto, le valutazioni presidenziali sono espressamente considerate *non justiciable questions*⁹¹⁷, vista la loro connotazione squisitamente politica e non duplicabile in altre sedi.

3.3. Il ruolo del Gruppo di coordinamento e la motivazione nel provvedimento finale di

⁹¹⁴ Cfr. D. IELO, *op. cit.*

⁹¹⁵ R. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, p. 121.

⁹¹⁶ Per una più dettagliata analisi del sistema americano, si veda A. TRISCORNIA, "Golden power: un difficile connubio tra alta amministrazione e diritto societario", in *Rivista delle società*, 2019, n. 4, pp. 733-794.

⁹¹⁷ B.P. AMICARELLI, "Il golden power fra istruttoria viziata e principio di legalità", in *Giornale di diritto amministrativo*, 2021, n. 5, il quale richiama la sentenza resa dalla Corte Suprema nel caso *Ralls v. Cfius* del 2011, tutt'oggi *leading case* in materia. Per una approfondita disamina dell'insindacabilità dell'esercizio dei poteri di divieto o sospensione del Presidente del Stati Uniti, cfr. A. COMINO, *op.cit.*, p. 1033.



esercizio dei poteri speciali

L'ampissima discrezionalità riconosciuta all'Esecutivo è ulteriormente "blindata" dal T.A.R. nella misura in cui quest'ultimo esclude la sussistenza in capo all'organo governativo di un obbligo motivazionale rafforzato nel provvedimento finale.

Le conclusioni rassegnate dal Collegio muovono dall'analisi del ruolo del Gruppo di coordinamento in sede istruttoria.

In generale, l'istruttoria concernente l'operazione notificata è svolta dal Gruppo di coordinamento istituito in seno alla Presidenza del Consiglio e che riunisce a livello amministrativo i rappresentanti dei diversi ministeri interessati.

Il Gruppo è affiancato dal Dipartimento di pubblica sicurezza e, qualora si renda necessario nel corso dell'istruttoria, può formulare richieste istruttorie e richiedere informazioni sia alle società coinvolte che a soggetti terzi, pubblici e privati.

Come già evidenziato in dottrina⁹¹⁸, sono due le principali caratteristiche del Gruppo di coordinamento.

La prima consiste nel fatto che il Gruppo è privo di un proprio autonomo apparato burocratico, stabile e specializzato.

La seconda, invece, si sostanzia nella carenza di un autonomo potere decisionale, in quanto le valutazioni svolte dal medesimo Gruppo, anche nei casi in cui si ritenga non vi siano gli estremi per l'esercizio dei poteri speciali, devono sempre confluire in una delibera governativa (*rectius*: decreto del Presidente del Consiglio dei ministri adottato su conforme deliberazione del Consiglio dei ministri).

Ciò premesso, la questione specifica affrontata in sede di contenzioso attiene essenzialmente al grado di vincolatività delle suddette valutazioni rispetto alla decisione finale sull'esercizio del *golden power*, prerogativa esclusiva del Consiglio dei ministri.

Per il T.A.R., il compito del Gruppo di coordinamento è esclusivamente quello di raccogliere gli elementi di valutazione tecnica da sottoporre al Consiglio dei ministri in sede collegiale, il quale non è né vincolato al parere formulato in fase istruttoria, né, tantomeno, è tenuto a rendere una motivazione "rafforzata" nel caso in cui intenda discostarsene, anche quando – ad esempio – il Gruppo abbia proposto misure alternative al potere di veto.

La prospettazione pretoria, condivisibile nelle premesse, lascia però spazio a non poche perplessità nelle sue conclusioni per le seguenti considerazioni.

Innanzitutto, si è già detto che gli atti di alta amministrazione, seppur con le dovute peculiarità, condividono il regime giuridico degli atti amministrativi, per cui parimenti soggiacciono all'obbligo motivazionale imposto dall'art. 3 della l. n. 241/1990.

Anzi, proprio i marcati effetti riconducibili all'esercizio dei poteri speciali, non solo nella sfera giuridico-economica delle imprese specificamente coinvolte, ma anche a livello

⁹¹⁸ R. GAROFOLI, *op. cit.* Nel contributo, l'Autore opera anche un confronto con il ruolo del CFIUS, e cioè il Comitato interdipartimentale competente a svolgere funzioni istruttorie e di controllo sugli investimenti esteri negli Stati Uniti.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

sistemico di concorrenza nel mercato, dovrebbero deporre nel senso della sussistenza di un rigoroso onere motivazionale⁹¹⁹.

Le sentenze, quindi, relativamente a questo specifico aspetto, appaiono non pienamente coerenti con le scelte precedentemente assunte in ordine alla natura giuridica dei provvedimenti in questione.

In secondo luogo, l'opzione del T.A.R. di ritenere il Consiglio dei ministri non tenuto a motivare specificamente il discostamento rispetto alle proposte del Gruppo di coordinamento appare altresì in contrasto con il tenore dell'art. 2 del d.l. n. 21/2012, il quale dispone che *"il potere di veto è espresso nella forma di imposizioni di specifiche prescrizioni o condizioni ogniquale volta ciò sia sufficiente ad assicurare la tutela degli interessi pubblici rilevanti"*: trattasi, evidentemente, di una tipizzazione normativa del principio di proporzionalità per cui, a parità di efficacia sulla tutela degli interessi nazionali, la misura più "mite" è da considerarsi sempre preferibile.

Pertanto, qualora il Gruppo di coordinamento formuli un parere favorevole all'esercizio di poteri diversi da quello inibitorio, appare ragionevole e coerente ritenere che l'organo deliberante, seppur libero da vincoli conformativi, sia comunque tenuto a motivare puntualmente in ordine alla idoneità, necessità e adeguatezza del veto rispetto all'opportunità di imporre le misure alternative meno gravose per i destinatari proposte dal medesimo Gruppo⁹²⁰.

Del resto, la giustiziabilità in concreto dei provvedimenti di esercizio del *golden power* passa (anche, e soprattutto) attraverso la motivazione resa dall'amministrazione.

In conclusione, un adeguato assolvimento dell'onere motivazionale implicherebbe una maggiore "responsabilizzazione" delle autorità procedenti, considerata anche la possibilità di operare un più penetrante controllo giurisdizionale; per di più, così ridotta l'opacità delle decisioni governative, si assicurerebbe un esercizio della discrezionalità più rispettoso dei principi del diritto amministrativo, tra cui, per l'appunto, quello di proporzionalità⁹²¹.

Il T.A.R., per contro, ha sancito una netta separazione tra fase istruttoria e fase decisionale e ha dequotato l'onere motivazionale nel caso in cui il Governo decida di determinarsi in maniera difforme rispetto a quanto proposto dall'organo cui compete la conduzione dell'istruttoria.

4. Conclusioni

⁹¹⁹ Sulla necessità di una motivazione aggravata, si veda D. IELO, *op. cit.*, in particolare pp. 95 e ss.

⁹²⁰ A sostegno di quanto sin qui esposto, in un'ottica comparativa, sia consentito richiamare la corrispondente normativa francese. Il *Code monétaire*, infatti, prevede espressamente il dovere di motivare l'esercizio dei poteri speciali: l'art. R151-10, in particolare, impone al Ministro dell'economia di motivare la decisione di veto. In tal modo, il legislatore ha escluso a monte eventuali contrasti interpretativi.

⁹²¹ In questi termini: B.P. AMICARELLI, *op. cit.*, p. 653. Il rispetto del principio di proporzionalità, ad ogni modo, è imposto anche dal medesimo d.l. n. 21 del 2012 ai fini dell'esercizio dei poteri speciali, in particolare quello di imporre il veto.



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Il ricorso ai poteri speciali rappresenta una vistosa deroga alle libertà di circolazione di merci e capitali, colonne portanti del progetto europeo teso, per ispirazione originaria, alla creazione di un mercato unico.

In quanto tale, il loro esercizio dovrebbe necessariamente fondarsi su presupposti obiettivi, chiari e trasparenti, oltre che essere idoneo a garantire il conseguimento dello scopo e non andare oltre quanto necessario per raggiungerlo.

In un contesto legislativo in continuo mutamento e in assenza di una consolidata giurisprudenza in materia, le sentenze in commento hanno sicuramente contribuito a individuare delle rilevanti coordinate ermeneutiche.

Innanzitutto, si è data una collocazione sistematica ai provvedimenti espressivi del *golden power*, identificandoli quali atti di alta amministrazione e contribuendo, in tal modo, ad individuarne il relativo regime giuridico.

In secondo luogo, il Collegio ha avuto modo di esprimersi in ordine alla conformazione dello speciale procedimento amministrativo che viene in rilievo, da un lato escludendo l'applicabilità dell'art. 10-bis della l. 241/1990 e, dall'altro, marcando la distinzione tra fase istruttoria e successiva fase decisionale, alla luce del ruolo riconosciuto al Gruppo di coordinamento.

Ebbene, nel sistema così come ricostruito e interpretato dal T.A.R., sono state poco considerate le garanzie delle imprese rispetto alle quali l'esercizio dei poteri speciali si traduce in una significativa compressione del diritto di iniziativa economica.

In definitiva, è proprio sulla posizione di queste ultime che si vorrebbe prestare attenzione, lasciando da parte, per una volta, la dimensione prettamente macroeconomica del fenomeno.

Per vero, le sentenze in commento rappresentano l'occasione per rimarcare quanto ridotti siano attualmente gli spazi riconosciuti alla tutela giurisdizionale dei destinatari dei controlli statali: si pensi non solo alla globale compressione del ruolo dell'autorità giudiziaria in caso di manifesta illogicità del provvedimento, la cui individuazione è resa ancora più difficile in assenza di una motivazione rafforzata, ma anche al complessivo atteggiamento del giudice, il quale "*in dubio pro Governo*".

Relativamente a questo ultimo aspetto, per amor di verità, non si può tacere come la particolare cautela mostrata dal T.A.R. sia probabilmente imputabile anche alla non semplice necessità di doversi confrontare con concetti giuridici indeterminati colorati da una ineliminabile sfumatura politica oltre che con stime relative a essenziali interessi statali non agevolmente replicabili in sede giurisdizionale⁹²².

Fino ad oggi, il Governo ha fatto uso dei poteri speciali in un numero molto limitato di casi, il che potrebbe indurre a ridimensionare la portata pratica delle criticità evidenziate nel presente contributo. Eppure, queste ultime non possono essere eccessivamente sottostimate, considerati l'ampliamento degli spazi di intervento governativo e la recente tendenza ad

⁹²² Cfr. D. IELO, *op. cit.*



AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

assoggettare a controllo non solo vicende di carattere straordinario ma anche normali attività contrattuali, quali l'acquisizione di beni e servizi.

La partita, in altri termini, è tutt'altro che chiusa ed è ragionevole ritenere che la giurisprudenza, anche di secondo grado, avrà modo di far sentire ancora la sua voce.