

SOMMARIO DEL NUMERO I/2013

Editoriale

ALDO SANDULLI	III
---------------------	-----

Saggi

FEDERICO CAPORALE, <i>Tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni nel governo e nella gestione dei servizi idrici</i>	I
LINDA MICHELOTTI, <i>Dalla piramide alla rete: il caso delle reti di scuole</i>	43

Articoli

MICOL ROVERSI MONACO, <i>I limiti operativi delle società partecipate per i servizi pubblici locali</i>	89
GIOVANNA MARCHIANÒ, <i>White List, elenchi di merito e rating di legalità: semplificazione amministrativa?</i>	117

Esperienze straniere

MONICA COCCONI, <i>Gli atenei francesi alla ricerca di una nuova identità</i> ..	155
--	-----

Recensioni

MARCO OLIVI, <i>Giuliano Fonderico, "Il comune regolatore. Le private e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali"</i>	175
FEDERICO CAPORALE, <i>Emanuele Boscolo, "Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni"</i>	181
NOTIZIE SUGLI AUTORI	187

EDITORIALE

Le riforme istituzionali e amministrative non possono essere edificate dagli esecutivi sulla sabbia della decretazione d'urgenza; esse, prive delle fondamenta del processo democratico, sono destinate a cadere come un castello di carte, alla prima folata di vento.

L'ennesima dimostrazione è data dalla sentenza della Corte costituzionale n. 220/2013, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della riforma delle province, operata dal Governo Monti, sul rilievo che una significativa riscrittura della disciplina delle autonomie locali non possa essere disposta con decreto-legge.

In tal modo, sono cadute sotto i colpi del giudice delle leggi anche disposizioni importanti nella ricerca di un rinnovato assetto della disciplina dei servizi pubblici locali, come quella che attribuiva alle Città metropolitane la «strutturazione di sistemi coordinati di gestione dei servizi pubblici, nonché organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito metropolitano» (art. 18, c. 7, d.l. n. 95/2012).

Nel giro di pochi mesi, dunque, sono stati tagliati entrambi i rami lungo i quali i Governi Berlusconi e Monti avevano operato, in modo complementare, nella direzione della liberalizzazione e della concorrenza nella gestione dei servizi pubblici locali e della individuazione di più estesi bacini ottimali di erogazione dei servizi.

La Corte costituzionale, dapprima con la sentenza n. 199/2012 e poi con la sentenza n. 220/2013, non ha potuto far altro che constatare la carenza dei requisiti formali e procedurali alla base dei tentativi di riforma.

La forma, in molti casi, è anche sostanza. E se si by-passa costantemente il confronto con la rappresentanza politica, con la rappresentanza di interessi, con le autonomie, al fine di inseguire traguardi emergenziali di risanamento della finanza pubblica (anziché, come nel settore che ci occupa, essere guidati dall'aspirazione al miglioramento della qualità dei servizi e della tutela degli utenti), si rischia di restare con un pugno di mosche in mano, oltre ad incrementare il già consistente scollamento tra Stato e società.

In tal senso, è importante che, in relazione alla riforma delle autonomie, il Governo Letta abbia imboccato, sotto il profilo procedurale, la direzione del disegno di legge costituzionale e del percorso parlamentare di revisione. Viceversa, non convince – sia sotto il profilo della conformità a Costituzione sia perché la complessa trasformazione ordinamentale sarebbe comunque condizionata dalla contingenza – il disegno di legge ordinaria approvato nel mese di luglio dal Consiglio dei ministri, con l'intento, in at-

tesa della riforma costituzionale, di “svuotare” di funzioni le province e di istituire le città metropolitane.

- o -

La rivista avvia con questo numero il suo terzo anno di attività e, quanto meno sotto il profilo della qualità scientifica dei contributi e delle riflessioni, sembra seguire una linea di sviluppo compatibile con il progetto disegnato nel numero di avvio: individuazione e analisi di problemi reali, rifuggendo da approcci dogmatici e ideologici; apertura alla interdisciplinarietà, alla comparazione, alla discussione plurale e non pregiudizialmente orientata; applicazione rigida dei meccanismi di revisione anonima dei contributi scientifici.

Anche sotto l'aspetto della edificazione strutturale della rivista sono stati fatti consistenti passi in avanti.

Si segnala, al proposito, che è ormai attivo e a regime il sito internet di Munus (www.munus.org o www.iservizipubblici.it), che contempla, oltre alla parte scientifica (che riprende i contenuti cartacei) anche una parte documentale e di aggiornamento e raccolta di materiali, utile per gli operatori dei diversi settori dei servizi pubblici.

Aldo Sandulli

FEDERICO CAPORALE

TENDENZE, CONTROTENDENZE E IPOSTATIZZAZIONI NEL GOVERNO E NELLA GESTIONE DEI SERVIZI IDRICI

SOMMARIO: 1. Lo stato di attuazione della riforma dei servizi idrici ed i recenti stravolgimenti legislativi. – 2. Servizi idrici e tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale prima e dopo il *referendum*. – 3. Azienda speciale o gara pubblica? I vincoli nazionali e la disciplina comunitaria dell'affidamento alla luce del *referendum*. – 4. L'efficienza dei servizi idrici: una questione di principi. – 5. "Il posto delle regioni": l'affidamento dei servizi idrici e le competenze degli enti locali. – 6. Pubblico o privato: è davvero questo il problema dei servizi idrici?

1. Lo stato di attuazione della riforma dei servizi idrici ed i recenti stravolgimenti legislativi

I servizi idrici sono al centro di un acceso scontro culturale, sconfinato, spesso, in radicali prese di posizione ideologiche¹.

L'entità del fenomeno è presto descritta: dal 2008 ad oggi sono stati approvati, a livello nazionale, una ventina di provvedimenti legislativi²; la

¹ N. Bobbio, *Politica culturale e politica della cultura*, in *Riv. fil.*, 1952, 61 ss., ora ripubblicato in Id., *Politica e cultura*, Torino, Einaudi, 1955, 32 ss., distingue tra «cultura politicizzata», «che ubbidisce a direttive, programmi, imposizioni che provengono dai politici» e una cultura impegnata («l'uomo di cultura nella società») che conforma il proprio comportamento alla «regola generale di condotta [...] secondo cui la sua partecipazione o non partecipazione alla vita politica non deve essere mai tale da contribuire a sopprimere o rendere più difficili le condizioni stesse di esistenza e di sviluppo della cultura» (in particolare, 33-35). I rapporti tra teorie giuridiche ed ideologie sono stati oggetto di numerosissimi studi. Tra i tanti, si rinvia a S. Cassese, *Orientamenti e ideologie degli studi di diritto amministrativo*, in *Pol. dir.*, 1971, 49 ss. e G. Tarello, *Teorie e ideologie nel diritto sindacale*, Milano, Edizioni di comunità, 1972², in particolare 17.

² Si propone un breve riepilogo delle sole fonti primarie, esteso ai decreti ministeriali, ai d.P.R. ed alle deliberazioni del CIPE, ed organizzato per materie trattate e su base cronologica, senza alcuna velleità di esser esaustivi. Per quanto concerne il regolatore nazionale: d.lgs. n. 4/2008; d.l. n. 39/2009, convertito in l. n. 77/2009; d.l. n. 70/2011, convertito in l. n. 106/2011; d.l. n. 201/2011, convertito in l. n. 214/2011; d.P.C.M. 20 luglio 2012. Per

Corte costituzionale ha deciso più di una trentina di controversie³; nel corso del 2012, il solo Tar Lazio ha emesso almeno una ventina di sentenze in materia⁴.

La consultazione referendaria del giugno 2011 ha evidenziato l'attenzione dell'opinione pubblica sulle vicende del settore, facendo loro acquisire una posizione di primo piano nel dibattito politico. Lo dimostra il fatto che dopo sedici anni un *referendum* abrogativo sia tornato a superare il *quorum* e che dei quattro quesiti allora al voto, quello sulla tariffa dei servizi idrici abbia registrato l'affluenza più alta, seguito da quello sulle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, la cui campagna è stata interamente incentrata sull'acqua⁵.

Inoltre, nell'ultimo triennio, la pubblicazione di più di una ventina di titoli sul tema è la dimostrazione tangibile dell'interesse degli studiosi di materie giuridiche ed economiche, stimolati dalla complessità della questione, dalla sua attualità e dalle sue implicazioni sul quotidiano⁶.

quanto riguarda le modalità di affidamento del servizio: d.l. n. 112/2008, convertito in l. n. 133/2008; d.l. n. 135/2009, convertito in l. n. 166/2009; d.P.R. n. 168/2010; d.P.R. n. 113/2011; d.l. n. 1/2012, convertito in l. n. 27/2012; d.l. n. 95/2012, convertito in l. n. 135/2012; d.l. n. 179/2012, convertito in l. n. 221/2012. Sugli ambiti territoriali ottimali: d.l. n. 2/2010, convertito in l. n. 42/2010; d.l. n. 225/2010, convertito in l. n. 10/2011; d.P.C.M. n. 51902/2011; l. n. 216/2012; il citato d.l. n. 1/2012. In materia tariffaria: deliberazione CIPE n. 117/2008; d.l. n. 208/2008, convertito in l. n. 13/2009; d.m. 30 settembre 2009; d.P.R. n. 116/2011; il citato d.l. n. 70/2011. Non sono menzionati, invece, i recenti interventi regolatori dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas, focalizzati su diversi aspetti del regime tariffario.

³ C. cost., n. 335/2008; n. 232/2009; n. 246/2009; n. 254/2009; n. 307/2009; n. 315/2009; n. 29/2010; n. 39/2010; n. 142/2010; n. 144/2010; n. 234/2010; n. 325/2010; n. 357/2010; n. 24/2011; n. 25/2011; n. 26/2011; n. 27/2011; n. 109/2011; n. 128/2011; n. 187/2011; n. 320/2011; n. 32/2012; n. 48/2012; n. 62/2012; n. 114/2012; n. 217/2012; n. 22/2013; n. 50/2013; n. 67/2013; n. 228/2013. L'elenco non tiene conto del filone (pur cospicuo) di sentenze in materia di trasferimento ad altre pubbliche amministrazioni del personale impiegato presso le Autorità di ambito territoriale ottimale.

⁴ Tar Lazio, n. 1/2012; n. 351/2012; n. 427/2012; n. 532/2012; n. 600/2012; n. 663/2012; n. 880/2012; n. 1745/2012; n. 9264/2012; n. 10062/2012. Ad esse va aggiunto il gruppo di controversie sulle gestioni CIPE, Tar Lazio, n. 1434/2012-1444/2012.

⁵ Quello sulle modalità di affidamento, il 57,04% (favorevoli all'abrogazione il 95,35% dei votanti); quello sulla tariffa, il 57,05% (favorevoli il 95,80%); quello sul nucleare, il 57,01% (favorevoli il 94,05%); quello sul legittimo impedimento, il 57,00% (favorevoli il 94,62%). L'ultima volta che un *referendum* abrogativo aveva superato il *quorum* era accaduto nelle consultazioni dell'11 giugno 1995.

⁶ Anche in questo caso, senza illusione di esaustività, si citano: V. Parisio (a cura di), *The Water Supply Service in Europe: Austrian, British, Dutch, Finnish, German, Italian and Romanian Experiences*, Milano, Giuffrè, 2013; M. Gigante (a cura di), *L'acqua e la sua gestione. Un approc-*

tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni

Tutto ciò mentre, con fatica e dopo un ventennio di tentennamenti, si era giunti ad una soddisfacente – seppure ancora incompleta – attuazione della ambiziosa (forse troppo) riforma operata con la l. n.36/1994 (d’ora in avanti Legge Galli)⁷.

cio multidisciplinare, Napoli, Jovene, 2012; E. Boscolo, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano, Giuffrè, 2012; A. Massarutto (a cura di), *La riforma della regolazione dei servizi idrici in Italia. L’impatto della riforma: 1994-2011*, IEFER, Research Report n.9, 2012; F. Bruno, *Tutela e gestione delle acque. Pluralità di ordinamenti e governance multilivello del mare e delle risorse idriche*, Milano, Giuffrè, 2012; D. Madaro, *Innovazioni nella gestione del ciclo integrato dei rifiuti e nel sistema idrico integrato. Casi concreti*, Napoli, Editoriale scientifica, 2012; R. Briganti, *Il diritto all’acqua. Tra tutela dei beni comuni e governo dei servizi pubblici*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012; A. Massarutto, *Privati dell’acqua. Tra bene comune e mercato*, Bologna, Il Mulino, 2011; A. Amato (a cura di), *Finanza e regolazione del settore idrico*, 2 voll., Milano, Franco Angeli, 2011; G. Santucci, A. Simonati, F. Cortese (a cura di), *L’acqua e il diritto. Atti del Convegno tenutosi presso la Facoltà di giurisprudenza dell’Università di Trento (2 febbraio 2011)*, Trento, Università degli studi di Trento, 2011; A. Stefanoni, *Pianificazione strategica e definizione della tariffa nel SII*, Assago, Cedam, 2011; P. Bertola, M. Franchini (a cura di), *La gestione delle reti idriche. Atti del Convegno La gestione delle reti di distribuzione idrica: dagli aspetti tecnico-progettuali a quelli economico-normativi. Ferrara, maggio 2010*, Milano, Franco Angeli, 2011; V. Parisio (a cura di), *Demanio idrico e gestione del servizio idrico in una prospettiva comparata: una riflessione a più voci*, Milano, Giuffrè, 2011; M. Alberton, E. Domorenok, *La sfida della sostenibilità. Il governo multilivello delle risorse idriche*, Padova, Cedam, 2011; M. L. Ronconi, *Gestione sostenibile delle risorse idriche e desertificazione nella legge quadro sull’ambiente*, Roma, Perialdo, 2011; V. Parisio (a cura di), *La fruizione dell’acqua e del suolo e la protezione dell’ambiente tra diritto interno e principi sovranazionali*, Milano, Giuffrè, 2010; E. Gatto, *Le risorse idriche. Distribuzione, crescita, benessere*, Roma, Aracne, 2010; R. Colosimo, *Aquedotti e reti idriche. Dalla progettazione alla realizzazione: guida alla progettazione, tecniche di realizzazione, aspetti giuridici, esperienze gestionali*, Roma, Geva, 2010; Id., *Le risorse idriche. Disponibilità, regime giuridico, problemi e prospettive*, Roma, Geva, 2010; A. Frigerio, M. Pettena, E. Poli (a cura di), *La gestione del servizio idrico integrato. Analisi della situazione attuale e nuovi orizzonti. Giornata di studio*, Milano, Gruppo Scientifico Italiano Studi e Ricerche, 2010; C. Scardaci, *Il servizio idrico e dei rifiuti*, Roma, Dei, 2010. Si fa menzione anche del fascicolo monografico della rivista *Analisi giuridica dell’economia* (n.1/2010), dal titolo *Acqua. Superior stabat lupus...*, curato da A. Nuzzo e P. Valensise e della pubblicazione di F. Segerfeldt, *Acqua in vendita? Come non sprecare le risorse idriche*, Torino, IBL libri, 2011, traduzione italiana di *Vatten till salu. Hur företag och marknad kan lösa världens vattenkris*, Stockholm, Timbro, 2003 (edizione inglese *Water for sale. How business and the market can resolve the world water’s crisis*, Washington, Cato Institute, 2005).

⁷ Un giudizio globalmente positivo emerge da Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, *Rapporto sullo stato dei servizi idrici. Situazione organizzativa. Investimenti. Tariffe. Criticità*, Roma, dicembre 2011. Per una recente valutazione dell’impatto delle riforme, cfr. A. Massarutto (a cura di), *La riforma della regolazione dei servizi idrici*, cit., 30 ss. Per una analisi dei diversi livelli di attuazione della Legge Galli negli anni, possono vedersi anche Id., *Il grande pennello e il rasoio di Occam*, in Id. (a cura di), *Il ciclo integrato delle acque. Regole di*

Essa doveva segnare l'anno zero del regime giuridico delle acque: aveva una impostazione onnicomprensiva, giacché modificava, al contempo, la disciplina della proprietà delle risorse idriche e la gestione dei relativi servizi e rivoluzionava tradizioni e prassi consuete nel loro utilizzo⁸.

Invece, interessi locali e resistenze culturali, ben note agli appassionati di codificazioni e di storia delle acque⁹, ne hanno ritardato l'implementazione¹⁰.

mercato e modelli operativi a confronto. Atti di convegno del 15 dicembre 2000, Milano, Franco Angeli, 64 ss.; Id., *La riorganizzazione del servizio idrico in Friuli-Venezia Giulia: il caso della provincia di Udine*, in Id. (a cura di), *Privatizzazione e liberalizzazione dei servizi pubblici: prospettive per il Nord Est*, Udine, FORUM, 2004, 47 ss.; G. Muraro (a cura di), *La riforma dei servizi idrici e il ruolo del Comitato*, Senato della Repubblica, audizione alla commissione XIII "Territorio, Ambiente, Beni Ambientali", Roma, 10 marzo 2005; Istat, *La gestione dei servizi idrici in Italia al 31 dicembre 2007*; Anea, *I servizi idrici a 15 anni dalla riforma*, Roma, 25 giugno 2009.

⁸ In proposito, è d'obbligo il riferimento a C. Greco, U. Mastelloni (a cura di), *La nuova legge sulle risorse idriche: legge 5 gennaio 1994, n. 36*, Roma, IRSI, 1994 ed in particolare alla introduzione al volume curata dal firmatario della legge, Giancarlo Galli. Si veda anche U. Pototschnig, E. Ferrari (a cura di), *Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche*, Padova, Cedam, 2004. Quanto ai principi nuovi, per quel che concerne il regime dominicale delle risorse idriche, si rinvia a A. Di Majo, *Le risorse idriche nel vigente ordinamento*, in *Rass. giur. en. el.*, 1996, 1 ss. e, con riferimento al precedente assetto normativo, a V. Cerulli Irelli, *Acque pubbliche*, in *Enc. giur.*, I, 1988, 10 ss. e Id., *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 278 ss. Sul punto, però, sono imprescindibili le acute osservazioni di G. Astuti, *È opportuno abolire la distinzione tradizionale tra acque pubbliche e acque private?*, in *Atti del Convegno in materia di acque pubbliche. Bergamo 16-17 maggio 1970*, Roma, Italedi, 1971, 117 ss. Il tema, di recente, è stato affrontato con cura e completezza da E. Boscolo, *Le politiche idriche*, cit., 211 ss. e G. Carapezza Figlia, *Oggettivazione e godimento delle risorse idriche. Per una teoria giuridica dei beni comuni*, Napoli, ESI, 2008, 138 ss. Per la nuova disciplina del servizio idrico integrato, che mirava a superare la frammentazione delle gestioni preesistenti ed a creare economie di scala, cfr. A. Massarutto, *Privati dell'acqua?*, cit., 47 ss.; G. Citroni, A. Lippi, *La politica di riforma dei servizi idrici. Istituzioni, processi e poste in gioco*, in *Ist. fed.*, 2006, 239 ss; L. Guffanti, M. Merrelli (a cura di), *La riforma dei servizi idrici in Italia: riflessioni e spunti comparativi*, Milano, EGEE, 1997.

⁹ Si veda, ad esempio, il famoso caso della controversia tra i fratelli Sormani ed il Marchese di Cagnola, deciso sulla base dei principi della tradizione giuridica lombarda anziché delle disposizioni del vigente Codice civile austriaco. Di essa si dà conto in G.D. Romagnosi, *Della condotta delle acque (1824)*, in A. De Giorgi (a cura di), *Della condotta delle acque e della ragione civile delle acque. Trattati di Gian Domenico Romagnosi riordinati da Alessandro De Giorgi*, Milano, Perelli e Mariani, 1843, 9 ss. (in particolare, 545-555); B. Nadault de Buffon, *Des canaux d'arrosage de l'Italie septentrionale dans leurs rapports avec ceux du Midi de la France. Traité théoriques et pratiques des irrigations*, Paris, Carilian-Goeury et V. Dalmont, 1844, III, 66 ss. e R. Baird Smith, *Italian irrigation: a report on the agricultural canals of Piedmont and Lombardy*, Edinburgh-London, 1855², William Blackwood and Sons, II, 153-157.

¹⁰ In proposito si vedano A. Massarutto, *Il grande pennello e il rasoio di Occam*, cit., 80; G. Muraro (a cura di), *La riforma dei servizi idrici*, cit., 2 ss. E. Boscolo, *Le politiche idriche*, cit., 351-352 tratteggia con precisione quanto avvenuto: «non è azzardato dire che la legge 36/1994

tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni

A tutt'oggi, infatti, solo nel 53% dei comuni italiani la distribuzione dell'acqua e le reti fognarie sono gestite secondo il modello integrato tratteggiato dal legislatore nel 1994 e modificato – forse stravolto, data l'incidenza degli interventi normativi – più volte in questo ventennio¹¹.

L'altra metà dei comuni italiani segue i differenti modelli organizzativi di cui agli articoli 9 e 10, l. n. 36/1994 (concessioni esistenti, gestioni salvaguardate, gestioni transitorie), quelli in economia e quelli eccezionali, di cui all'art. 148, c. 5, d.lgs. n. 152/2006 (d'ora in avanti, Codice dell'Ambiente)¹².

Dunque, l'ipertrofia legislativa di questi anni e il grande dibattito pubblico che ne è seguito interessano, ad oggi, poco più di sei cittadini su dieci (il 64% della popolazione italiana, stando alla più aggiornata rilevazione statistica)¹³.

Ad esempio, questo vale (ma, progressivamente, sempre meno) per la tariffa, giacché il Metodo normalizzato si applica solo ai gestori ordinari del servizio idrico integrato e non ai regimi transitori¹⁴.

si è imposta nel dibattito pubblico e giuridico soprattutto per due profili: la pubblicizzazione delle acque e la razionalizzazione per ambiti omogenei del servizio idrico. Due profili che hanno procurato alla legge una folta schiera di acerrimi avversari, sovente accomunati dal tentativo di lasciare le cose nello stato in cui versavano dopo decenni di “non governo”, con privati che avanzavano continue rivendicazioni proprietarie e gestioni pubbliche parcellizzate ed inefficienti».

¹¹ Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, *Rapporto sullo stato dei servizi idrici*, cit., 50.

¹² Il destino dei regimi transitori è questione che desta parecchie tribolazioni. Il metodo CIPE, infatti, doveva intendersi cessato nei termini di cui all'art. 23-bis, c. 8, d.l. n. 112/2008, come modificato dall'art. 15 del d.l. n. 135/2009 (così disponeva, con norma di interpretazione autentica, il d.l. n. 70/2011, art. 10, c. 28). Questo già tortuoso percorso normativo, emblematico del caos che domina la materia e dell'incuria del legislatore, è stato ancor più accidentato dal successo referendario che, abrogando in radice l'art. 23-bis, dovrebbe aver determinato anche la caducazione della cessazione delle gestioni CIPE. Il Tar Lazio, in un gruppo di controversie gemelle (sez. III-quater, nn. 1434/2012- 1444/2012, § 7) ha ritenuto cessate tali gestioni a partire dal settembre 2009 (ma le decisioni sono oggetto di gravame presso il Consiglio di Stato e, va sottolineato, erano antecedenti alla sentenza della C. cost., n. 199/2012). In proposito può leggersi anche il sintetico commento di A.C. Bartoccioni, *Il servizio idrico integrato e le procedure di determinazione delle tariffe dopo il recente risultato del referendum*, in *Gazzetta amministrativa*, 2012, 123 ss.

¹³ Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, *Rapporto sullo stato dei servizi idrici*, cit., 70.

¹⁴ L'incerto destino delle gestioni transitorie, per il quale si rinvia alla nota 12, ha rallentato il percorso di omogeneizzazione (ancora incompleta, ma comunque ad un grado ormai significativo) delle discipline tariffarie (ordinarie ed ex-CIPE), il quale, di fatto, ha trovato un punto di svolta solo nella deliberazione dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas

Il contributo si propone di formulare alcune considerazioni attorno alla dicotomia pubblico/privato nella gestione dei servizi idrici, con l'intento di valutare gli esiti del *referendum* del giugno 2011, separandone (e comprendendone) il precipitato giuridico, dalla portata politica e culturale.

Sotto questo ultimo profilo gli obiettivi (politici) del comitato referendario andavano ben oltre quello (giuridico) della mera abrogazione della disciplina dell'affidamento dei servizi pubblici locali¹⁵: vi era l'intenzione di «ripristinare il governo pubblico dell'acqua», gestendo i servizi idrici integrati attraverso «soggetti di diritto pubblico, fuori dalla logica del mercato, anche nell'interesse delle generazioni future», «soggett[i] formalmente e sostanzialmente pubblic[i], [operanti] nell'interesse esclusivo della collettività». Tutto nasceva dalla premessa logica che «il governo e il controllo pubblico divent[ano] pressoché nulli nel momento in cui ci si trova dinanzi a forme giuridiche di diritto privato, regolate dal diritto societario»¹⁶.

Infatti, la natura economica delle società veniva ritenuta incompatibile con gli obiettivi di interesse generale che connotano i servizi pubblici locali (ed ancor più la distribuzione di un bene essenziale alla vita e funzionale all'esercizio di diritti fondamentali, come l'acqua), poiché le forme societarie di natura privatistica (caratterizzate, sul piano giuridico, dai fini di lucro e, dal punto di vista economico, dal raggiungimento di uno stabile equilibrio tra costi e ricavi) pregiudicherebbero l'esplicitamento di servizi con finalità prettamente sociali¹⁷.

del 28 febbraio 2013 (88/2013/R/idr). Sui regimi transitori, cfr. Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, *Rapporto sullo stato dei servizi idrici*, cit., 117. Quantificare l'entità delle gestioni che non adottavano il Metodo normalizzato è complesso. La Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche ha denunciato l'incompletezza del campione di dati a disposizione (p.111), ma ha stimato che il metodo CIPE si applicasse a più di 3 milioni di persone (p.119), pari al 12% circa del totale rilevato. Radicalmente diverse, invece, le stime proposte da A.C. Bartoccioni, *Il servizio idrico integrato e le procedure di determinazione delle tariffe*, cit., 124 ss., secondo cui il metodo CIPE si applicherebbe al 30% della popolazione nazionale.

¹⁵ Approfondimenti sugli obiettivi del comitato referendario in A. Lucarelli, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 2011, 261 ss.; Id., *Il Servizio idrico integrato in una prospettiva di ridimensionamento della regola della concorrenza*, *ivi*, 2011, 288 ss.

¹⁶ Cfr. G. Azzariti, G. Ferrara, A. Lucarelli, U. Mattei, L. Nivarra, S. Rodotà, *Invertire la rotta. Per un governo pubblico dell'acqua*. Relazione introduttiva ai quesiti referendari, 2010.

¹⁷ Così C. Bassu, *Esternalizzazioni, affidamenti e sussidiarietà orizzontale*, in D. Donati, A. Paci (a cura di), *Sussidiarietà e concorrenza. Una nuova prospettiva per la gestione dei beni comuni*, Roma-Bologna, Il Mulino Arel, 2010, 83 ss. (in particolare, 103-104), che definisce questa irriducibilità un «tradizionale conflitto». In merito, cfr. M. Dugato, *Considerazioni giuridiche sul tema delle società a partecipazione pubblica ad uso dell'economista*, in *Munus*, 2011, 501 ss. Tra i nu-

tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni

La contestazione è nota da tempo e, ad esempio, era stata prospettata, senza successo, già in occasione della prima fase di contrattualizzazione del pubblico impiego, una ventina di anni fa¹⁸.

Di talché, l'obiettivo politico reale era la ripubblicizzazione dell'acqua, attraverso l'istituzione di nuovi modelli di gestione pubblica e partecipata dei servizi idrici¹⁹.

Il contributo tratterà, in primo luogo, la giurisprudenza costituzionale in materia, con particolare riferimento alla qualificazione di servizi a rilevanza economica ed al riparto di competenze tra Stato e regioni (par. II); quindi, verranno discusse le modalità di conferimento della gestione, in relazione ai principi di matrice europea ed all'evoluzione della normativa nell'ordinamento interno, con particolare attenzione all'*in house providing* e allo strumento dell'azienda speciale (par. III). Nella parte finale, invece, verranno approfonditi i principi che governano la materia dei servizi idrici (par. IV) e gli effetti della soppressione delle Autorità di ambito territoriale ottimale (d'ora in avanti, AATO) con la conseguente riespansione della potestà regionale (par.V).

In conclusione, si dimostrerà che il dibattito è stato condizionato da una radicale dogmatizzazione dei concetti di privatizzazione e ripubblicizzazione, e dalla ipostatizzazione dei loro meriti e demeriti, e che alla natura soggettiva del gestore sono stati attribuiti valore e rilevanza esorbitanti.

Temi, questi, che hanno fatto passare in secondo piano la discussione attorno alla qualità del sistema di regolazione ed alla vigilanza sull'attività prestata dai fornitori dei servizi²⁰.

merosi scritti in materia di s.p.a. in mano pubblica, si rinvia alla recente, completa ed originale ricostruzione di M.G. Della Scala, *Società per azioni e stato imprenditore*, Napoli, Jovene, 2012. Sulla contrapposizione concettuale e classificatoria delle categorie diritto pubblico/diritto privato, cfr. N. Bobbio, *La grande dicotomia: pubblico/privato (1981)*, in Id., *Stato, governo e società. Frammenti di un dizionario politico*, Torino, Einaudi, 2006³, 3 ss.

¹⁸ In particolare, si era prospettato il dubbio, di cui era stata investita anche la Corte Costituzionale, che «la trasformazione del rapporto di lavoro dei pubblici dipendenti risult[asse] lesiva dell'art. 97 Cost., per l'asserita incompatibilità tra il pubblico impiego, in quanto volto al perseguimento di finalità d'interesse generale, ed il modulo strutturale del lavoro subordinato privato, improntato a logiche di mercato». Così, C. cost., n. 309/1997, considerato in diritto § 1. La doglianza non venne accolta.

¹⁹ Per una ampia disamina, invece, dell'effetto giuridico realmente conseguibile con il menzionato *referendum*, cfr. C. cost., n. 24/2011; n. 26/2011; n. 199/2012.

²⁰ Ricorda M. D'Alberti, *Per la riforma e la valorizzazione delle concessioni*, in U. Mattei, E. Reviglio, S. Rodotà (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma dei beni pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2007, 283 ss., riferendosi alle concessioni di servizi di pubblica attività, che in ragione della rilevanza dell'attività concessa al privato, le amministrazioni pubbliche do-

Basti pensare che, per quasi un anno, all'epoca della sua istituzione, la Commissione Nazionale di Vigilanza sulle Risorse Idriche, che deteneva i principali compiti di regolazione di livello nazionale, ha operato in una composizione che non rispettava il *plenum* previsto per legge²¹, cosicché si è dovuto concludere che «l'Organo non poteva [...] nemmeno dirsi costituito», con il conseguente annullamento delle delibere da esso adottate²².

2. Servizi idrici e tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale prima e dopo il referendum del giugno 2011

L'analisi circa la possibilità di affidare la gestione dei servizi idrici in via diretta a soggetti pubblici, in deroga ai principi concorrenziali, deve trarre inizio dalle decisioni della giurisprudenza costituzionale circa la natura (economica o non) di essi.

La Corte è diventata, suo malgrado, uno dei principali protagonisti delle vicende dei servizi idrici e le sue argomentazioni, particolarmente prudenti al fine di evitare strumentalizzazioni politiche, costituiscono il miglior termometro – giuridico e politico – del dibattito sul tema²³.

In particolare, essa ha chiarito due aspetti essenziali: i limiti dell'azione pubblica statale e regionale (ripartendo le competenze dell'uno e delle altre) ed il contenimento tra concorrenza e finalità di pubblico interesse (rimarcando il nucleo intangibile di principi posti a corredo della nozione di servizi pubblici di “rilevanza economica”).

La decisione cardine in materia è la n. 272/2004, a mezzo della quale la Corte ha sancito la compatibilità tra norme poste a tutela della concorrenza e disciplina dei servizi pubblici locali di “rilevanza economica”.

Così facendo, essa ha ritagliato un ampio margine di azione al legislatore statale: in virtù della competenza legislativa esclusiva di cui all'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., questi può disporre norme specifiche nel-

vrebbero esercitare una azione di «vigilanza sul concessionario [...] continuativa e specialistica» (in particolare, p. 285).

²¹ Si tratta del periodo compreso tra il d.m. 24 settembre 2009, n. 99, con cui è stata istituita la Commissione e ne sono stati nominati i primi tre membri ed il d.m. 18 giugno 2010, n. 99, con cui ne è stata integrata la composizione.

²² Così, Tar Lazio, sez. II-bis, n. 1745/2012, § 16.

²³ A. Sandulli, *L'acquedotto pugliese e la gestione del servizio idrico: slapstick comedy del legislatore regionale e carattere pervasivo della tutela della concorrenza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2012, 828 ss. ha osservato che la prudenza della Corte si è manifestata nell'«attenzione a non dire oltre lo stretto necessario» (p. 833).

tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni

l'ambito dei servizi pubblici locali, purché esse abbiano finalità pro-concorrenziale e rispettino i principi di adeguatezza e proporzionalità.

La Consulta, nella materia dei servizi pubblici locali, ha privilegiato una accezione ampia della nozione di tutela della concorrenza, che include gli interventi di regolazione volti, *ex ante*, a ridurre squilibri (“concorrenza nel mercato”) o instaurare assetti concorrenziali (“concorrenza per il mercato”) e quelli finalizzati a ripristinare, *ex post*, equilibri perduti²⁴.

Così facendo, essa ha assegnato allo Stato il compito di stabilire modalità e forme di gestione uniformi a livello nazionale; agli enti locali quello di organizzare materialmente il servizio, muovendosi con una certa discrezionalità entro i confini dettati dal legislatore centrale.

In particolare, ha ritenuto misure afferenti alla tutela della concorrenza (e quindi di competenza centrale) la determinazione delle condizioni di “rilevanza economica” di un servizio pubblico locale²⁵, la disciplina delle gare per l'affidamento, le modalità di gestione e di conferimento dei servizi pubblici locali di “rilevanza economica”, nonché la disciplina transitoria che stabilisce la cessazione di concessioni già effettuate²⁶.

Nel 2006 e nel 2007, la Corte ha ulteriormente precisato il proprio profilo argomentativo: alle regioni è stata preclusa la possibilità di derogare in senso peggiorativo alla normazione statale, ma, parallelamente, si è consentito loro di integrarla attraverso previsioni volte a potenziare la libertà di concorrenza²⁷.

Impostazione, questa, che la Consulta ha riprodotto anche nel peculiare settore dei servizi idrici: è stata ascrivita alla competenza del legislatore nazionale la disciplina di una pluralità di fondamentali attività di gestione e regolazione, ritenendole afferenti alle materie tutela della concorrenza e dell'ambiente²⁸.

²⁴ Cfr. C. cost., n. 272/2004; n. 325/2010.

²⁵ C. cost., n. 325/2010

²⁶ C. cost., n. 272/2004

²⁷ C. cost., n. 29/2006; n. 307/2009.

²⁸ Un altro vettore forte della competenza legislativa statale nell'ambito dei servizi idrici è stata la materia della “tutela dell'ambiente”. Una ampia disamina sulla giurisprudenza costituzionale in argomento è in M. Cecchetti, *L'organizzazione e la gestione del Servizio idrico integrato nel contenzioso costituzionale tra Stato e Regione. Un colosso giurisprudenziale dai piedi d'argilla*, in M. Gigante (a cura di), *L'acqua e la sua gestione*, cit., 59 e ss. Deve darsi conto anche di una sparuta decisione (C. cost., n. 307/2009, considerato in diritto § 5.2) sulla (non) separabilità tra gestione delle reti e dei servizi idrici, che ha ritenuto la competenza legislativa esclusiva statale fondata sulla disciplina delle funzioni fondamentali degli enti locali, di cui all'art. 117, secondo comma, lett. p), Cost. M. Cecchetti, *ivi*, 104 ha correttamente definito questo orientamento «del tutto isolat[o]».

Si tratta della determinazione della tariffa dei servizi²⁹, della disciplina delle AATO e dei relativi bacini di gestione³⁰, del regime di predisposizione ed aggiornamento del piano d'ambito³¹, nonché della sua verifica³², della individuazione delle modalità del conferimento del servizio e dei requisiti soggettivi del gestore³³, della definizione dei termini di aggiudicazione³⁴, della competenza ad approvare lo schema-tipo di contratto di servizio e di convenzione³⁵.

Talora, il giudice delle leggi ha adottato costruzioni argomentative forzate pur di far rientrare determinate disposizioni nell'ambito della tutela della concorrenza³⁶.

Ad esempio, in tema di competenza ad approvare lo schema-tipo di contratto di servizio e di convenzione, la Corte si è limitata a richiamare la sentenza n. 246/2009 – che, tuttavia, non tratta tale questione – e ad osservare, genericamente, che «la disciplina del servizio idrico integrato va ascritta alla competenza esclusiva dello Stato nelle materie “tutela della concorrenza” e “tutela dell’ambiente”»³⁷.

Su questo impianto argomentativo (e sulla ripartizione di competenze che ne consegue) la consultazione referendaria non ha prodotto effetti significativi: infatti, l'eliminazione della remunerazione del capitale investito dalle componenti della tariffa non ha inciso sulla natura economica dei servizi idrici³⁸, dacché il giudice delle leggi, nel dichiarare ammissibile il quesito relativo a detta questione, ha ritenuto coesistente alla nozione di “rilevanza economica” l'esercizio dell'attività con metodo economico, precisando che, per la sua realizzazione, è sufficiente che essa sia svolta secondo il principio della copertura dei costi³⁹.

²⁹ C. cost., n. 246/2009; n. 29/2010; n. 142/2010; n. 67/2013.

³⁰ C. cost., n. 246/2009; n. 325/2010; n. 128/2011; n. 50/2013.

³¹ C. cost., n. 246/2009; n. 50/2013.

³² C. cost., n. 246/2009; n. 142/2010.

³³ C. cost., n. 246/2009; n. 307/2009; n. 325/2010; n. 62/2012; n. 228/2013.

³⁴ C. cost., n. 246/2009.

³⁵ C. cost., n. 325/2010.

³⁶ In proposito, sia consentito rinviare a quanto osservato in relazione alla decisione della C. cost., n. 128/2011 in F. Caporale, *La soppressione delle Autorità d'ambito e la Consulta: le prospettive nella regolazione locale dei servizi idrici*, in *Munus*, 2012, 269 ss., in particolare 272-274.

³⁷ C. cost., n. 325/2010, considerato in diritto § 18.1.1.

³⁸ Il riferimento è al quesito n.2 a mezzo del quale si è realizzata l'abrogazione della norma che stabilisce la determinazione della tariffa dei servizi idrici nella parte in cui disponeva la remunerazione del capitale investito dal gestore.

³⁹ Può aggiungersi una ulteriore e differente argomentazione: anche all'esito del refe-

tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni

Di talché, a questo fine, il carattere remunerativo della tariffa viene ritenuto irrilevante⁴⁰.

Il metodo tariffario transitorio adottato dall’Autorità per l’Energia Elettrica ed il Gas si attiene a questo orientamento – promosso, peraltro, a livello comunitario⁴¹ – e fuga ogni dubbio residuo circa la “rilevanza economica” del servizio idrico⁴².

Infatti, la nozione di “rilevanza economica” delineata nell’ordinamento nazionale ed in quello comunitario presuppone una accezione «oggettiva» ed «ampia» di interesse economico, per la quale è sufficiente che la prestazione sia svolta in un mercato anche meramente potenziale⁴³.

L’economicità dell’attività non deve valutarsi *ex post*, in base ad indici empirici – quali lo scopo lucrativo, l’assunzione dei rischi dell’attività, l’incidenza del finanziamento pubblico – determinati da una scelta discrezionale dell’ente locale, ma dipende, esclusivamente, da un giudizio obiettivo di concreta realizzabilità dell’apertura al mercato, anche solo meramente potenziale⁴⁴.

rendum, tanto la tariffa del servizio idrico che le sue singole quote hanno natura di «corrispettivo» della prestazione resa (cfr. d.lgs. n. 152/2006, art. 154, c. 1).

⁴⁰ C. cost., n. 26/2011, considerato in diritto § 5.2. Osservazioni critiche alla decisione in A. Lucarelli, *Riconfigurazione del concetto di «rilevanza economica». Spunti di riflessione sulla natura «economica» del servizio idrico integrato in assenza dell’elemento della remunerazione del capitale investito*, in *Giur. cost.*, 2011, 302 ss.

⁴¹ Cfr. direttiva 2000/60/CE, art. 9. Sul margine di discrezionalità residuo per i Paesi membri nell’applicazione del principio del “recupero dei costi” in tariffa, cfr. R. Mastroianni, L. Della Corte, *Servizi idrici: alcuni profili di diritto dell’Unione Europea*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2012, 251 ss. (in particolare 260 ss.).

⁴² Autorità per l’Energia Elettrica e il Gas, delibera 585/2012/R/idr, art. 4 prevede tra le componenti della tariffa il costo della risorsa finanziaria. Ciò appare pienamente compatibile con quanto affermato nel parere del Cons. St., sez. II, n. 267/2013, secondo cui l’Autorità deve emanare i provvedimenti tariffari tenendo conto della intervenuta abrogazione del riferimento alla “adeguatezza della remunerazione del capitale investito”, ma «fermo il rispetto del complesso ed articolato quadro normativo che, sul piano nazionale ed europeo, regola i criteri di calcolo della tariffa, in specie imponendo che si assicuri la copertura dei costi».

⁴³ C. cost., n. 325/2010, considerato in diritto § 6.1. La decisione è annotata, fra gli altri, da L. Cuocolo, *La Corte costituzionale “salva” la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 484 ss.; A. Lucarelli, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell’economia*, in *Giur. cost.*, 2010, 4645 ss.; P. Sabbioni, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2010, 4654 ss. In termini simili, cfr. Cons. St., sez. V, n. 5409/2012.

⁴⁴ C. cost., n. 325/2010, considerato in diritto § 6.1. La individuazione dei requisiti necessari alla attribuzione della “rilevanza economica” di un servizio, operata dal Consiglio di

In tal modo la nozione di apertura al mercato comprende non solo la *concorrenza nel mercato*, ma anche la semplice ipotesi di *concorrenza per il mercato*, in cui l'unica normativa pro-competitiva ammissibile riguarda le modalità di affidamento dei servizi.

Quindi, un servizio pubblico mantiene il proprio carattere di “rilevanza economica” qualora vi sia, anche solo in via potenziale, la possibilità di aprirlo al mercato, ma un ente locale opti per la gestione diretta, in ragione degli obiettivi di interesse generale perseguiti.

Quanto sopra descritto si attaglia in maniera precisa al settore dei servizi idrici, caratterizzato da una condizione – pressoché irriducibile – di monopolio naturale, in cui gli alti costi fissi rendono diseconomica o socialmente dannosa la compresenza di due o più operatori nel medesimo mercato⁴⁵.

Stato e differente più all'apparenza che nella sostanza a quella proposta dalla Consulta, non conduce a conclusioni di segno opposto. Se, da un lato, i giudici di Palazzo Spada hanno argomentato che di uno specifico servizio, astrattamente di “rilevanza economica”, «andrà sempre valutato in concreto se le modalità di erogazione ne consentano l'assimilazione a servizi pubblici privi di rilevanza economica» (Cons. St., sez. V, n. 5409/2012, § 8.1), d'altro canto, hanno concluso che né l'«irrisorietà dell'utile che in concreto un servizio per come svolto produca» (Cons. St., sez. V, n. 5409/2012, § 8.3) né l'incapacità di fornire una determinata attività in modo economicamente proficuo, in ragione della «determinazione contingente di praticare tariffe di particolare favore» (Cons. St., sez. V, n. 5097/2009), possono escludere la “rilevanza economica”. Tale ricostruzione non tange, perciò, i servizi idrici, le cui tariffe fanno piena applicazione del principio del “recupero dei costi”, soddisfacendo certamente le condizioni organizzative in concreto richieste dal Consiglio di Stato per l'attribuzione della qualifica di “rilevanza economica”. Per un commento a Cons. St., sez. V, n. 5409/2012, si veda H. Bonura, *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica e la potestà organizzativa degli enti locali*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 398 ss.

⁴⁵ «The term “natural monopoly” implies that the market is supplied most efficiently by a single provider. In other words, competition would involve higher costs of supply, higher prices and a resulting loss of economic welfare», come efficacemente descritto da M. Board, P. Boulding, A. Genn-Bash, D. Parker, P. Vass, *Common carriage and access pricing – a comparative review*, Bath, University of Bath, 2011, 21. Sugli effetti sociali, il contributo fondamentale è E. Chadwick, *Results of different principles of Legislation and Administration in Europe: of Competition for the Field, as compared with Competition within the Field, of Service*, in *Journal of the Statistical Society of London*, 1859, 381 ss. Sulla nozione di monopolio naturale e *public utilities*, cfr. anche J.F. Sleeman, *British public utilities*, London, Sir Isaac Pitman & Sons, 1953, 13 ss. e 248 ss. e V. Rebba, P. Valbonesi, *Monopolio naturale ed efficienza nei servizi di pubblica utilità*, in G. Muraro, P. Valbonesi (a cura di), *I servizi idrici tra mercato e regole*, Roma, Carocci, 2003, 59 ss. (in particolare, 68 ss.). In Inghilterra, del resto, il fallimento della *concorrenza nel mercato* nel settore dei servizi idrici è noto sin dal celebre studio di E. Chadwick, *Report on the sanitary condition of the laboring population of Great Britain (1842)*, ristampa a cura di D. Gladstone, Londra, Routledge/Thoemmes Press, 1997, 70 ss. Inoltre, a differenza degli altri servizi pubblici a rete, risulta complesso introdurre segmenti di *concorrenza nel mercato*, giacché la condivisione

tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni

Inoltre, il peculiare caso italiano, caratterizzato com'è da una «scarsa concorrenzialità strutturale», registra la presenza di poche imprese «di grandi dimensioni» ed è connotato dall'«esiguità delle gare» per l'affidamento della gestione e della «scarsa competitività», tanto sul lato della domanda, «limitata», che su quello dell'offerta⁴⁶.

Ciò porta a concludere che la “rilevanza economica” non imponga necessariamente l'applicazione di principi pro-concorrenziali, ma lasci, in concreto, ampia discrezionalità agli enti locali, almeno per quanto attiene alle procedure di affidamento: ciò consente di dare “rilevanza economica” al servizio idrico, benché esso sia stato oggetto di una «liberalizzazione formale [cui] non è corrisposta, a tutt'oggi, una liberalizzazione sostanziale»⁴⁷.

3. Azienda speciale o gara pubblica? I vincoli nazionali e la disciplina comunitaria dell'affidamento alla luce del referendum

La questione principale posta dal comitato referendario riguardava le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali. Esso, infatti, contestava la marginalizzazione del ricorso all'*in house providing* e la conseguente riduzione della discrezionalità degli enti locali nella organizzazione del servizio⁴⁸.

delle infrastrutture (tubature) importerebbe la confusione di acque di differente qualità, con un rischio troppo elevato per i singoli operatori economici. Nonostante ciò, in Inghilterra sono stati introdotti segmenti di *concorrenza nel mercato*. Si tratta di *inset appointments, common carriage, cross-borders supplies*. Per ampie valutazioni circa i loro effetti sociali, si vedano, in ordine sparso, T. Prosser, *The limits of competition law. Markets and public services*, Oxford, Oxford University Press, 2005; K. Bakker, *An Uncooperative Commodity. Privatizing Water in England and Wales*, Oxford, Oxford University Press, 2003; DEFRA & Welsh Assembly Government, *Extending Opportunities for Competition in the Water Industry in England and Wales. Consultation Paper*, London, DEFRA, 2002; DETR & The National Assembly for Wales, *Competition in the Water Industry in England and Wales. Consultation paper*, London, DETR, 2000; D. Kennedy, *Competition in Water Industry*, London, Centre for the Study of Regulated Industries, 1997; S. Cowan, *Competition In The Water Industry*, in *Oxford Review Of Economic Policy*, 1997, 83 ss.; Ofwat, *1995-96: Report on tariff structure and charges*, Birmingham, Ofwat, 1995; C. Mayer, *The Regulation of the Water Industry: an Interim Assessment*, in M. Beesley (a cura di), *Regulating Utilities: The Way Forward*, London, Institute of Economic Affairs, 1994, 23 ss.

⁴⁶ Queste ed altre considerazioni sulla reale consistenza dell'apertura al mercato dei servizi idrici in Cons. St., sez. VI, n. 5067/2012. Più della metà delle gestioni esistenti sono, infatti, affidate *in house*. Le più recenti rilevazioni sono in Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, *Rapporto sullo stato dei servizi idrici*, cit., 31 ss.

⁴⁷ La valutazione circa la mancata liberalizzazione sostanziale nel settore dei servizi idrici è in Cons. St., sez. VI, n. 5067/2012.

⁴⁸ Si tratta del quesito n.1, il quale domandava l'abrogazione dell'art. 23-bis, d.l. n.

Prima di verificare gli effetti prodottisi, è necessario approfondire la disciplina europea e nazionale e comprendere se sia obbligatorio affidare il servizio idrico mediante gara ovvero se sia possibile affidarlo in via diretta ad un soggetto pubblico; tema ampiamente dibattuto sia dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che dal nostro giudice delle leggi.

In particolare, la Corte Costituzionale ha sottolineato le differenze tra le disposizioni in questione, rilevando che le norme nazionali dettavano stringenti limiti al ricorso all'*in house providing*⁴⁹, ignoti al diritto europeo⁵⁰.

Da ciò, ha concluso che la disciplina adottata dal legislatore statale non dovesse considerarsi applicazione vincolata dal diritto europeo, né, all'opposto, violazione di esso⁵¹. Pur tuttavia, ha ammesso la Consulta, il legislatore nazionale aveva agito in «identità di “verso”» rispetto alle disposizioni europee⁵², dando alle regole proconcorrenziali applicazione più ampia rispetto a quella richiesta e così implementando (pur se con il sacrificio tangibile dell'autonomia d'azione degli enti locali) un valore basilare cui s'ispira il sistema giuridico dell'Unione⁵³.

La ricostruzione compiuta dalla Corte, certamente corretta nelle conclusioni, merita qualche osservazione quanto al procedimento argomentativo, in relazione all'applicazione del principio di concorrenza nella materia degli affidamenti *in house* secondo la Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁵⁴.

112/2008, a norma del quale la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica era affidata a soggetti scelti a seguito di gara ad evidenza pubblica e la gestione *in house* era ammessa in situazioni eccezionali e a seguito di gravosi incombeni (l'analisi di mercato, la trasmissione di una relazione all'Autorità garante della concorrenza e mercato).

⁴⁹ Si tratta del d.l. n. 138/2011, art. 4 e, prima, del d.l. n. 112/2008, art. 23-bis.

⁵⁰ Sull'applicazione del diritto europeo in materia di *in house* nei singoli ordinamenti nazionali, cfr. M. Comba, S. Treumer (a cura di), *The in-house providing in European Law*, Århus, Djøf Publishing, 2010, in cui vengono illustrati i regimi giuridici adottati in Germania, Italia, Spagna, Polonia, Danimarca e Regno Unito. Una valutazione generale del rapporto tra regimi nazionali ed europeo è nel saggio di F. Cassella, *In-house providing – European regulations vs. national system*, in *ivi*, 53 ss.

⁵¹ C. cost., n. 325/2010, considerato in diritto § 6.1; n. 24/2011, considerato in diritto § 4.2-4.2.2; n. 199/2012, considerato in diritto § 5.2.1.

⁵² C. cost., n. 325/2010, considerato in diritto § 6.1.

⁵³ Sul «ruolo centrale» svolto dal principio della concorrenza nella costruzione del mercato comune europeo e, più in generale, nel processo di integrazione europea, cfr. G. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2010⁶, 391 ss. e 629 ss.

⁵⁴ Di «cattiva lettura» della giurisprudenza comunitaria» e di un vero e proprio «frain-tendimento di fondo» delle sue argomentazioni da parte della Corte Costituzionale parla A. Pioggia, *La gestione diretta del servizio idrico integrato attraverso società in house o azienda speciale: prospettive del dopo-referendum*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2012, 86 ss. (in particolare, 92).

tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni

In primo luogo, se è vero che il massimo organo giurisdizionale dell'Unione ha affermato che le norme europee intendono garantire l'«apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile»⁵⁵, d'altra parte esso ha insistito nel ribadire che la disciplina stabilita nelle direttive sugli appalti pubblici di servizi non si applica ai contratti di concessione di servizi pubblici, per i quali le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute solamente a rispettare il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità ed alcune norme del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (d'ora in avanti, TFUE), tra cui le libertà di stabilimento (art. 49) e di prestazione dei servizi (art. 56)⁵⁶.

Parimenti, nel trattare i servizi di interesse economico generale (d'ora in avanti, SIEG), ha menzionato non il principio di concorrenza in generale, bensì una sua esplicazione, la «concorrenza libera e non falsata»⁵⁷, censurando, così, diversi casi in cui gli affidamenti *in house* finivano per offrire ad un'impresa privata un vantaggio rispetto a suoi concorrenti⁵⁸.

A condizione del rispetto del principio di proporzionalità⁵⁹, il giudice

⁵⁵ CGCE, 11 gennaio 2005, *Stadt Halle e RPL Recycling Park Lochau GmbH contro Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall – und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, C-26/03, § 47.

⁵⁶ Cfr., *ex multis*, CGCE, 6 aprile 2006, *ANAV contro Comune di Bari*, C-410/04, § 18-23. Sulla giurisprudenza comunitaria in materia di *in house*, cfr. R. Caranta, *The in-house providing: the law as it stands in the EU*, in M. Comba, S. Treumer (a cura di), *The in-house providing in European Law*, cit., 13 ss. Una chiara esposizione degli snodi logico-concettuali delle decisioni dei giudici di Lussemburgo è in A. Pioggia, *La gestione diretta del servizio idrico integrato*, cit., 88-92.

⁵⁷ Cfr., *ex multis*, CGCE, 15 ottobre 2009, *Acoset Spa contro Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO idrico Ragusa*, C-196/08, § 56; CGCE, 9 giugno 2009, *Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica federale di Germania*, C-480/06, § 47; CGCE, 10 novembre 2005, *Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica d'Austria*, C-29/04, § 48.

⁵⁸ Cfr., per tutte, CGCE, 11 gennaio 2005, *Stadt Halle e RPL Recycling Park Lochau GmbH contro Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall – und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, C-26/03, § 51. La questione è illustrata in maniera acuta e sintetica da C. Marzuoli, *Gli enti territoriali e la scelta del modello per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2011, 143 ss. (in particolare, 151-155), laddove illustra la diversità di ambito tra affidamento *in house* e concorrenza.

⁵⁹ In proposito cfr. F. Trimarchi Banfi, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1063 ss. (in particolare, 1079-1088) e D. Sorace, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI Secolo*, in *Diritto Amministrativo*, 2010, 1 ss. (in particolare, 12-14). Sul principio di proporzionalità, A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998; D.U. Galletta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*,

europeo ha premiato la discrezionalità dell'ente locale nell'individuare le forme organizzative più idonee a soddisfare la missione pubblica dei SIEG ed ha individuato una chiara gerarchia: gli interessi generali sono primari e le regole di concorrenza, subordinate, non ne devono compromettere il perseguimento⁶⁰.

Questa impostazione appare coerente con la disciplina del TFUE, secondo cui «[l]e imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale [...] sono sottoposte [...] alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata»⁶¹.

In secondo luogo, se è indubbio che i giudici comunitari hanno adottato una interpretazione restrittiva delle condizioni per gli affidamenti *in house*, nella convinzione che essi costituiscano una eccezione alle regole generali del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di servizi⁶², d'altro canto, svolte queste premesse, hanno concluso, in maniera solo apparentemente contraddittoria⁶³, che qualora la gestione *in house* soddisfi determi-

Torino, Giappichelli, 2011; D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2012, 389 ss.

⁶⁰ Così anche F. Trimarchi Banfi, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, cit., 1092, secondo cui la disciplina comunitaria di «priorità» alle missioni pubbliche sulle regole di concorrenza. Del resto questa conclusione è coerente con le sagge osservazioni di ordine generale di G. Tesauro, *Mercato e concorrenza tra Costituzione e norme comunitarie*, in A. Ligustro, G. Sacerdoti (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, 769 ss. (in particolare 774). Per quanto attiene, invece, al bilanciamento tra interessi sociali e principio di concorrenza nella giurisprudenza comunitaria sui SIEG, al di fuori delle procedure di affidamento *in house*, si rinvia alle considerazioni critiche di L. Hancher, P. Larouche, *The coming of age of EU regulation of network industries and Services of general economic interest*, in P. Craig, G. de Burca (a cura di), *The evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011², 743 ss. Una panoramica completa sui servizi di interesse economico generale è in D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato, Mercato e Welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2010.

⁶¹ Art. 106 TFUE.

⁶² Cfr., da ultimo, CGUE, 29 novembre 2012, *Econord spa contro Comune di Cagno e altri*, C-182/11 e 183/11, § 26. La Corte si è soffermata più estesamente sulla questione in altre decisioni, tra cui si segnalano CGCE, 6 aprile 2006, *ANAV contro Comune di Bari*, C-410/04, § 24; CGCE, 13 ottobre 2005, *Parking Brixen GmbH contro Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG*, C-458/03, § 63; CGCE, 11 gennaio 2005, *Stadt Halle e RPL Recycling Park Lochau GmbH contro Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall – und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, C-26/03, § 46.

⁶³ La mera apparenza di contraddittorietà delle argomentazioni delle Corte di Giustizia è ben illustrata in A. Pioggia, *La gestione diretta del servizio idrico integrato*, cit., 88-92 e C. Marzuoli, *Gli enti territoriali*, cit., 151-155.

tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni

nati requisiti il ricorso alla gara non è obbligatorio⁶⁴, conferendo, di fatto, ad esso dignità pari alla gara e rendendolo regola generale⁶⁵.

Nella sostanza, quindi, un'autorità pubblica può «adempiere ai compiti di interesse pubblico [...] mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi»⁶⁶.

Dimostrato che non vi è ragione giuridica per negare l'equiordinazione tra affidamento mediante gara pubblica, a società mista pubblico-privata o *in house*⁶⁷, si deve verificare se il soggetto pubblico eventualmente affidatario debba avere forma societaria o possa esser costituito anche mediante forme pubblicistiche e, in particolare, se l'ordinamento comunitario detti limiti precipui al conferimento del servizio ad una azienda speciale.

Per quanto concerne l'ordinamento interno, mette conto segnalare che, nel 2001, il legislatore nazionale aveva modificato la disciplina dei servizi pubblici di cui all'art. 113, d.lgs. n. 267/2000 (il “Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali”, d'ora in avanti TUEL): era previsto, in via generale, l'affidamento mediante gara pubblica, con la sola eccezione del

⁶⁴ Sul punto, una amplissima giurisprudenza, per la quale cfr. CGCE, 8 aprile 2008, *Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Italiana*, C-337/05, § 36 e i riferimenti ivi richiamati. Successivamente anche CGCE, 17 luglio 2008, *Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica Italiana*, C-371/05, § 22. Per i requisiti dell'affidamento *in house*, da ultimo, CGUE, 29 novembre 2012, *Econord spa contro Comune di Cagno e altri*, C-182/11 e 183/11.

⁶⁵ In proposito, si veda R. Caranta, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 2011, 1176 ss.

⁶⁶ CGCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contro Commune d'Uccle e Région de Bruxelles-Capitale*, C-324/07, § 48. Nello stesso senso anche CGCE, 11 gennaio 2005, *Stadt Halle e RPL Recycling Park Lochau GmbH contro Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall – und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, C-26/03, § 48.

⁶⁷ Permangono, tuttavia, nell'ordinamento vigente, ancora degli adempimenti particolari (d.l. n. 179/2012, art. 34, c. 20) e delle discipline diversificate (d.l. n. 138/2011, art. 3-*bis*, c. 3 e 4), di cui si tratterà diffusamente più avanti, per gli enti locali che facciano ricorso all'*in house providing*. Evenienza, questa, che ha fatto concludere per la non piena equiordinazione tra *in house* ed altri modelli gestionali (C.Volpe, *La nuova normativa sui servizi pubblici di rilevanza economica. Dalle ceneri ad un nuovo effetto “Lazzerò”. Ma è vera resurrezione?*, in *Giustamm.it.*). Va sottolineato, al contempo, che i servizi idrici rappresentano un caso eccezionale nel novero dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, giacché sono stati esclusi dalla disposizione che ha offerto incentivazioni agli enti locali che intendano dismettere le loro quote di partecipazione in società esercenti tali servizi (cfr. d.l. n. 138/2011, art. 5, c. 1). Interessanti considerazioni sul punto, in Tar Lazio, sez. III-*quater*, n. 1434/2012, § 7.1.

settore dei servizi idrici, in cui era ammessa la gestione attraverso società di capitali partecipate unicamente da enti locali⁶⁸.

Nel 2003, l'art. 113 TUEL muta ancora: il regime previsto per i servizi idrici viene generalizzato e diviene possibile affidare la gestione dei servizi pubblici locali mediante gara pubblica, ovvero a società miste pubblico-privato ovvero a società a capitale interamente pubblico⁶⁹.

Invece, in occasione della riforma del 2008, il legislatore cambia tecnica normativa⁷⁰.

L'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008 non ha sostituito direttamente la disciplina di cui all'art. 113 TUEL, ma ha provveduto ad integrarla. Ovviamente, in base ai principi generali dell'ordinamento, risultavano comunque abrogate le norme incompatibili⁷¹, nonché quelle espressamente individuate con il d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168⁷².

La disciplina delle modalità di affidamento dei servizi idrici, di cui all'art. 150, c. 2 e 3, del Codice dell'Ambiente (che richiamava l'art. 113 TUEL), doveva essere armonizzata a quella generale in materia di affidamento dei servizi pubblici e, quindi, risultava da quest'ultima inevitabilmente superata⁷³.

Il legislatore, infatti, aveva dichiarato di voler obliterare tanto la disciplina generale relativa ai requisiti dei soggetti gestori dei servizi pubblici locali di "rilevanza economica" quanto quella settoriale che comprendeva i servizi in argomento.

In realtà, a tale conclusione poteva giungersi anche senza l'ausilio della

⁶⁸ Cfr. l. n. 448/2001, art. 35, c. 1 (sottonumero 5) e 5.

⁶⁹ Cfr. d.l. n. 269/2003, art. 14.

⁷⁰ Questo travagliato percorso normativo ha dato luogo a ricostruzioni interpretative di segno radicalmente differente. In proposito, cfr. S. Marotta, *La depubblicizzazione dei servizi idrici. Dalla municipalizzazione all'obbligo di esternalizzazione*, in *Munus*, 2011, 177 ss. e M. Dugato, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*, 2012, 505 ss.

⁷¹ È di scarsa utilità la disposizione di cui al c. 11 dell'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008. Essa prevede, in maniera ridondante, che siano abrogate le disposizioni incompatibili dell'art. 113 TUEL, senza, tuttavia, dare indicazione di quali esse siano.

⁷² Cfr. d.P.R. n. 168/2010, art. 12, c. 1, lett. a) e b). Si tratta dei c. 5, 5-bis, 6, 7, 8, 9, escluso il primo periodo, 14, 15-bis, 15-ter e 15-quater, dell'art. 113 TUEL e, per i servizi idrici, dell'art. 150, d.lgs. n. 152/2006, cd. Codice dell'Ambiente. Sull'abrogazione dell'art. 150 del Codice dell'Ambiente, cfr. estesamente C. cost., n. 25/2011.

⁷³ In proposito, è d'obbligo il riferimento a C. cost., n. 27/2011, considerato in diritto § 4. La decisione è stata annotata da A. Lucarelli, *La mancanza di univocità e chiarezza del quesito n.2: la necessaria armonizzazione tra la disciplina generale dell'affidamento della gestione del servizio idrico integrato e quella di settore*, in *Giur. cost.*, 2011, 318 ss.

tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni

esplicita previsione legislativa: al comma secondo della nuova disciplina si individuavano le modalità di conferimento del servizio in via ordinaria ed al terzo si stabiliva che l'affidamento *in house*, ridotto a opzione residuale e confinato a «situazioni eccezionali», poteva esser conferito solo a «società a capitale interamente pubblico partecipat[e] dall'ente locale»⁷⁴.

Le richiamate disposizioni del Codice dell'Ambiente, che ancora facevano riferimento alla equiordinazione tra gara pubblica, affidamento a società mista e gestione *in house*, erano incompatibili con la nuova normativa di carattere generale. Ciò si manifestava con particolare evidenza proprio in relazione all'affidamento *in house* per il quale venivano introdotti nuovi vincoli, di gran lunga differenti rispetto alla disciplina di settore.

È evidente che condizionare l'ammissibilità del ricorso all'*in house providing* alla verifica della sussistenza di «obiettive ragioni tecniche ed economiche» (secondo la lettera del Codice dell'Ambiente)⁷⁵ è incombente radicalmente differente dal provare le «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato», facendone un regime derogatorio rispetto alla regola generale della gara (così il d.l. n.112/2008)⁷⁶.

D'ogni modo, dunque, la limitazione alla gestione mediante azienda speciale rimaneva.

In materia di servizi idrici, essa appariva superata a seguito del positivo esito delle consultazioni referendarie del giugno 2011, che hanno conseguito l'effetto dell'abrogazione dell'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008 e dei provvedimenti ad esso collegati.

Anche le decisioni della Corte costituzionale – forse proprio in ragione di quella prudenza di cui si è detto – adombrano qualche tentennamento.

Infatti, essa ha argomentato che l'obiettivo del *referendum* fosse abrogare «una normativa generale [...] diretta sostanzialmente a restringere, rispetto alle regole concorrenziali minime comunitarie, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, di gestione *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica» e che, in caso di loro esito positivo, non avrebbe avuto luogo la reviviscenza delle disposizione dell'art. 113 TUEL abrogate⁷⁷.

⁷⁴ D.l. n. 112/2008, art. 23-*bis*, c. 3.

⁷⁵ Cfr. d.lgs. n. 152/2006, art. 150, c. 3.

⁷⁶ D.l. n. 112/2008, art. 23-*bis*, c. 3.

⁷⁷ Cfr. C. cost., n. 24/2011, considerato in diritto § 4.2.2. e § 5.1. L'orientamento è stato confermato, di recente, da C. cost., n. 199/2012, considerato in diritto § 5.2.1.

Immediatamente dopo, però, seppure in una decisione che non concerne il regime di affidamento dei servizi idrici, essa ha asserito che, secondo il diritto comunitario, per il conferimento *in house* è necessaria l'esistenza di una struttura societaria a capitale interamente pubblico (la «normativa comunitaria», dice la Corte, «consente, anche se non impone (sentenza n. 325/2010), la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorché l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la “speciale missione” dell'ente pubblico (art. 106 TFUE), alle *sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria* [il corsivo è dell'autore], del cosiddetto controllo “analogo” (il controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario deve essere di “contenuto analogo” a quello esercitato dall'aggiudicante sui propri uffici) ed infine dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante»⁷⁸.

A ben vedere, tuttavia, l'ordinamento comunitario non conosce il vincolo della forma societaria, pur essendo stato uno dei formanti della sua introduzione nel nostro Paese⁷⁹; esso è frutto, invece, di una scelta discrezionale del legislatore italiano, come si deduce dalla interpretazione del sistema normativo e da una attenta analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia⁸⁰.

Quanto al primo, gli enti pubblici sono inclusi nella definizione di “prestatore di servizi”⁸¹.

Quanto alla seconda, alcune decisioni del massimo tribunale europeo hanno ammesso affidamenti *in house* in favore di enti strumentali privi di forma societaria⁸².

I giudici di Lussemburgo hanno fugato ogni dubbio specificando che «il diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico»⁸³.

Dunque, le autorità pubbliche non trovano, nel diritto europeo, alcuna restrizione nella scelta delle forme con cui gestire *in house* il servizio pub-

⁷⁸ Cfr. C. cost., n. 199/2012, considerato in diritto § 5.2.1.

⁷⁹ Così, S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Bari, Laterza, 1996³, 118.

⁸⁰ Sul tema, cfr. G. Marcou, *La gestione dei servizi pubblici attraverso enti di diritto pubblico nel quadro normativo europeo*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2012, 45 ss.

⁸¹ Si veda, ad esempio, direttiva 2004/18/CE, art. 1, par. 8. Così anche la precedente Direttiva 92/50/CE, art. 1, lett. c).

⁸² CGCE, 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA contro Commune d'Uccle e Région de Bruxelles-Capitale*, C-324/07; CGCE, 9 giugno 2009, *Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica federale di Germania*, C-480/06.

⁸³ CGCE, 9 giugno 2009, *Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica federale di Germania*, C-480/06, § 47.

blico. Ma c'è di più: alla luce di alcune osservazioni della Corte di Giustizia, si può ritenere che le forme di gestione pubblicistiche – aziende speciali o cooperazioni comunali – soddisfino meglio le condizioni dell'affidamento *in house*, poiché sono «rette unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico», e, perciò, si rivelano più idonee a salvaguardare il principio della parità di trattamento degli interessati e ad evitare che imprese private possano trovarsi in situazioni privilegiate rispetto alle concorrenti⁸⁴.

Da ultimo, esse garantiscono un controllo maggiore sulla loro attività da parte degli enti locali rispetto alle società⁸⁵, evenienza puntualmente constatata, di recente, proprio in occasione di una controversia nazionale nel settore di cui si tratta⁸⁶.

A seguito del *referendum*, quindi, risultava abrogato il divieto di gestione mediante azienda speciale, sebbene sia stato argomentato che permangano altri impedimenti legislativi alla sua utilizzazione⁸⁷.

Non è chiaro, tuttavia, se il divieto di ripristino della norma abrogata con *referendum* comprenda anche il vincolo della forma societaria per gli affidamenti *in house*, poiché la Consulta ha approcciato la questione in maniera parzialmente contraddittoria⁸⁸.

Da un lato, la Corte ha ritenuto che l'obiettivo del *referendum* fosse l'abrogazione di una disciplina generale nazionale maggiormente restrittiva, per gli enti locali, rispetto alle regole comunitarie – includendo implicitamente, quindi, anche i limiti al ricorso all'azienda speciale⁸⁹.

⁸⁴ La citazione è tratta da CGCE, 9 giugno 2009, *Commissione delle Comunità Europee contro Repubblica federale di Germania*, C-480/06, § 47. Vedi anche CGCE, 6 aprile 2006, *ANAV contro Comune di Bari*, C-410/04.

⁸⁵ Si vedano, in particolare, le considerazioni in merito alla necessità di conciliare controllo analogo e autonomia delle società per azioni (più ampia delle aziende speciali): CGCE, 13 ottobre 2005, *Parking Brixen GmbH contro Gemeinde Brixen e Stadtwerke Brixen AG*, C-458/03; CGCE, 11 maggio 2006, *Carbotermo Spa e Consorzio Alisei contro Comune di Busto Arsizio e AGESP Spa*, C-340/04. Cfr. altresì CGCE, 10 settembre 2009, *Sea srl contro Comune di Ponte Nossola*, C-573/07, in merito alla possibilità di aprire al mercato le società pubbliche, pregiudicando la condizione del controllo analogo.

⁸⁶ Cfr. C. cost., n. 50/2013, considerato in diritto §§ 6 ss.

⁸⁷ Si rinvia al contributo di G. Caia, *Finalità e problemi dell'affidamento del Servizio idrico integrato ad aziende speciali*, in *Foro amm. – TAR*, 2012, 663 ss. Obiezioni alle argomentazioni di Caia sono in A. Pioggia, *La gestione diretta del servizio idrico integrato*, cit., 95-99.

⁸⁸ La Corte costituzionale ha precisato che i limiti al ricorso all'affidamento *in house* di cui all'art. 4, c. 8, d.l. n. 95/2012 non si applicano ai servizi pubblici locali ma ai soli servizi strumentali (sentenza n. 229/2013, considerato in diritto §§ 9-9.1).

⁸⁹ Cfr. C. cost., n. 199/2012, considerato in diritto § 5.2.1.

In secondo luogo, le modalità di conferimento del servizio erano interamente disciplinate dalle disposizioni di cui all'art. 23-*bis*, abrogato con il *referendum* citato, che, a sua volta, aveva obliterato le precedenti previsioni del TUEL – tanto per espressa dichiarazione del legislatore che per incompatibilità logica tra queste e quelle⁹⁰.

D'altro canto, però, il giudice delle leggi ha argomentato, proprio nella principale decisione sull'art. 23-*bis*, che esso aveva natura integrativa rispetto alla precedente normativa: infatti, il divieto di gestione mediante azienda speciale era stato introdotto dalla disposizione di cui all'art. 35, l. n. 448/2001 e modificato, poi, dal d.l. n. 269/2003, cui, nel 2008, il legislatore avrebbe semplicemente aggiunto il requisito della eccezionalità del ricorso all'affidamento *in house*⁹¹.

Secondo questo diverso orientamento, la portata del *referendum* andrebbe ristretta solo all'elemento innovativo dell'art. 23-*bis* (il carattere eccezionale del ricorso all'*in house*) ed il legislatore, così, non sarebbe incorso in alcun vizio di legittimità reintroducendo il divieto di gestione mediante azienda speciale.

Benché non sia escluso che la Corte possa aderire a quest'ultima ricostruzione, la prima sembra più lineare e tiene in maggiore considerazione i reali obiettivi referendari ed i particolari effetti espansivi dell'abrogazione mediante *referendum*, di recente sottolineati dal Consiglio di Stato⁹².

Infine, mette conto precisare che la configurazione giuridica dell'azienda speciale non collide punto con la “rilevanza economica” del servizio idrico, essendo tenuta ad informare la propria attività a criteri di economicità, efficienza ed efficacia, avendo l'obbligo di perseguire il pareggio di bilancio, mediante equilibrio dei costi e dei ricavi – finalità per la quale possono esser computati anche eventuali trasferimenti pubblici – ed essendo assoggettata al rispetto del patto di stabilità⁹³.

⁹⁰ Cfr. il richiamato d.P.R. n. 168/2010, art. 12, c. 1, lett. *a*) e *b*).

⁹¹ Cfr. C. cost., n. 325/2010, considerato in diritto § 6.2.

⁹² «L'abrogazione espressa dichiarata in esito all'accoglimento della domanda referendaria può produrre effetti con riguardo a quelle discipline legislative che, ancorché non oggetto del quesito, siano tuttavia strettamente connesse ad esso in quanto recanti norme contrastanti con la volontà abrogativa popolare. Si è al cospetto in casi siffatti, con maggiore precisione, più che di un'abrogazione tacita conseguente, di una sopravvenuta inapplicabilità o inoperatività di disposizioni legislative collegate a quelle oggetto del quesito» (parere Cons. St., sez. II, n. 267/2013).

⁹³ Cfr. d.lgs. n. 267/2000, art. 114, c. 4 e 5-*bis*. L'obbligo di rispettare il patto di stabilità è stato introdotto con l'art. 25, d.l. n. 1/2012, il quale ha disposto il medesimo incombente per le società *in house*. La previsione si presta ad una lettura in chiaroscuro, come sottolinea A. Massarutto, *Privati dell'acqua?*, cit., p.213. Per la legittimità costituzionale del vin-

tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni

Inoltre, la possibilità di godere di trasferimenti pubblici e il pareggio di bilancio sono pienamente compatibili con la nozione di “rilevanza economica” proposta dalla Corte Costituzionale⁹⁴ e con i criteri di efficienza, efficacia ed economicità, puntualmente richiamati nella disciplina settoriale dei servizi idrici⁹⁵.

Si deve segnalare, da ultimo, che permangono ancora degli adempimenti particolari e delle discipline giuridiche diversificate per gli enti locali che decidono di affidare *in house* i servizi pubblici locali: si tratta dell’obbligo di pubblicare un relazione che dia conto delle «ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall’ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta» e definisca «i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche previste»⁹⁶ e della impossibilità di usufruire degli incentivi (anche economici) previsti in caso di procedura ad evidenza pubblica⁹⁷. Norme, queste, che possono ap-

colore per le società *in house* si è espressa, di recente, la C. cost., con la decisione n. 46/2013. L’azienda speciale sarebbe lo «strumento più idoneo alla gestione del servizio idrico, inteso come “bene comune”, vale a dire come uno di quei beni “funzionali all’esercizio di diritti fondamentali della persona nel suo contesto ecologico”, informati al principio della salvaguardia intergenerazionale, di appartenenza collettiva e tali da non poter essere oggetto di monopolio neanche da parte di un concessionario pubblico, perché sono dei cittadini e hanno come obiettivo primario quello di soddisfare i diritti della cittadinanza», perché «pur informando la propria attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità ed avendo l’obbligo di perseguire il pareggio di bilancio, diversamente dalla società per azioni, anche a totale capitale pubblico, non ha scopo di lucro e non ammette, neanche in prospettiva, la partecipazione alla sua proprietà o gestione di soggetti privati, è soggetta ad un controllo, da parte dell’ente locale, assai più incisivo di quello “analogo” previsto per le società *in house*, perché i suoi stessi atti fondamentali (piano-programma, comprendente il contratto di servizio, bilanci economici di previsione pluriennale ed annuale, conto consuntivo e bilancio di esercizio) devono necessariamente essere approvati dall’ente locale e può prevedere, nel suo bilancio, la copertura di costi sociali e, nella sua gestione, il perseguimento di finalità sociali» (così, deliberazione del Consiglio comunale di Napoli, n. 32 del 26 ottobre 2011, indirizzo per la trasformazione dell’ARIN S.p.a. in azienda speciale, Acqua Bene Comune Napoli). Sul caso dell’ABC Napoli, cfr. anche A. Ciervo, *I beni comuni*, Roma, Ediesse, 2012, 172-176. Interessanti considerazioni, di matrice essenzialmente pragmatica, sulla utilità della gestione mediante azienda-organo in F. Merusi, *La tormentata vita della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Munus*, 2011, 413 e ss. (in particolare, 419-420).

⁹⁴ Cfr. C. cost., n. 325/2010, considerato in diritto § 9.1; n. 27/2011, considerato in diritto § 5.1.

⁹⁵ Cfr. d.lgs. n. 152/2006, art. 141.

⁹⁶ Cfr. d.l. n. 179/2012, art. 34, c. 20. Tali obblighi di motivazione dovranno essere interpretati in maniera piuttosto lasca, per non contravvenire alle linee argomentative dettate dalla C. cost., n. 199/2012, considerato in diritto § 5.2.1.

⁹⁷ Cfr. d.l. n. 138/2011, art. 3-bis, c. 3 e 4. La disposizione è stata introdotta dal d.l. n.

parire secondarie e non in grado di coartare in maniera significativa la discrezionalità degli enti locali, ma che costituiscono una evenienza non di poco conto, specie in epoca di *spending review*⁹⁸.

4. L'efficienza dei servizi idrici: una questione di principi

Richiamata nei paragrafi che precedono la questione della gestione mediante azienda speciale come frutto di una scelta discrezionale del legislatore nazionale e non quale limite imposto dal diritto comunitario (ed a rischio di illegittimità costituzionale alla luce del divieto di ripristino della normativa abrogata mediante *referendum*), resta quindi da approfondire quale applicazione possa avere il principio generale della liberalizzazione nello specifico settore dei servizi idrici⁹⁹.

La giurisprudenza costituzionale non ha mancato di sottolineare che la materia della concorrenza, anche con riferimento ad attività economiche ordinarie, può esser oggetto di restrizioni o limitazioni in ragione di finalità di interesse generale¹⁰⁰.

Essa ha affermato che interessi di rango costituzionale o di utilità generale possono legittimare eventuali restrizioni o limitazioni alla liberalizzazione delle attività economiche¹⁰¹.

1/2012, art. 25, c. 1, lett. a). Sulla loro legittimità costituzionale si è espressa C. cost., n. 46/2013, considerato in diritto §§ 3-4.2.2.

⁹⁸ Cosicché C. Volpe, *La nuova normativa sui servizi pubblici di rilevanza economica*, cit., ha concluso per la non piena equiordinazione tra affidamento *in house* ed altri modelli di gestione, anche dopo la sentenza della C. cost. n. 199/2012. Mette conto rammentare ancora l'eccezionalità dei servizi idrici rispetto agli altri servizi pubblici locali a rilevanza economica. Infatti, essi sono stati esclusi dalla disposizione che ha offerto incentivazioni agli enti locali che intendano dismettere le loro quote di partecipazione in società esercenti tali servizi (cfr. d.l. n. 138/2011, art. 5, c. 1). La previsione acquisisce un rilievo centrale nella recente ricostruzione del settore proposta dal Tar Lazio, sez. III-*quater*, n. 1434/2012, § 7.1.

⁹⁹ Sul principio generale di liberalizzazione e sul contemperamento tra interessi economici e diritti sociali, cfr., in particolare, M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, 48-50; Id., *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008; Id., *Il diritto amministrativo tra imperativi economici e interessi pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 51 ss.; T. Prosser, *The limits of competition law*, cit.

¹⁰⁰ Cfr. C. cost., n. 200/2012; n. 270/2010.

¹⁰¹ Cfr. C. cost., n. 200/2012, considerato in diritto § 7.2. In proposito, può leggersi F. Saitto, *La Corte costituzionale, la tutela della concorrenza e il «principio generale della liberalizzazione» tra Stato e regioni*, in *Rivistaic.it*. Una riflessione sintetica e attenta sul rapporto tra libertà di iniziativa economica e diritti fondamentali è in G. Azzariti, *L'ordine giuridico del mer-*

tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni

Ne consegue che nel bilanciamento tra principio di libera concorrenza, interessi pubblici e ragioni di utilità generale, si deve tenere in primaria considerazione il «servizio pubblico espletato»¹⁰², inteso nella sua dimensione oggettiva¹⁰³.

In particolare, nel settore idrico, gli interessi pubblici coinvolti hanno carattere primario, dal momento che attingono a norme di rango costituzionale¹⁰⁴ ed hanno, ormai, ottenuto pieno riconoscimento anche a livello sovranazionale¹⁰⁵.

Anche il giudice delle leggi non ha mancato di marcarne la natura essenziale: ha, in una risalente decisione, definito l'approvvigionamento di risorse idriche «un bisogno primario e fondamentale degli abitanti»¹⁰⁶ e, successivamente, l'acqua un «bene primario della vita dell'uomo» ed una «risorsa comune»¹⁰⁷, un «bene indispensabile» e «di tutti»¹⁰⁸, ed ha sottolineato «l'evidente essenzialità [dei servizi idrici] alla vita associata»¹⁰⁹.

Resta da chiedersi se, alla luce dei diritti fondamentali che essi soddisfano, si debba escludere necessariamente qualsivoglia forma di gestione privatistica dei servizi idrici: insomma, se la fornitura pubblica dell'acqua sia l'unica che possa garantire i diritti fondamentali connessi all'uso dell'acqua e sia la sola compatibile con lo statuto giuridico di *beni comuni*¹¹⁰.

cato (1999), in Id., *Forme e soggetti della democrazia pluralista. Considerazioni su continuità e trasformazioni dello Stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2000, 145 ss.

¹⁰² Cfr. C. cost., n. 270/2010, considerato in diritto § 10.

¹⁰³ Sulla dimensione oggettiva del servizio pubblico cfr. M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, Milano, Giuffrè, 1970, 458 ss.; F. Merusi, *Servizio pubblico*, in *Nss. Dig. it.*, XVIII, 215 ss.; L. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001, 57 ss. Il contributo di riferimento, sul punto, rimane U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964.

¹⁰⁴ Sul diritto all'acqua e la sua protezione costituzionale, cfr., in particolare, T.E. Frosini, *Dare un diritto agli assetati*, in *An. giur. econ.*, 2010, 29 ss.

¹⁰⁵ Si fa riferimento alla risoluzione dell'ONU A/RES/62/292 che ha dichiarato l'accesso all'acqua potabile un diritto umano.

¹⁰⁶ Cfr. C. cost., n. 4/1964, considerato in diritto § 1. in tale occasione, peraltro, la Corte ha concluso che la previsione di un piano che garantisse i «riformamenti idrici a tutta la popolazione della Repubblica» fosse di «preminente e fondamentale interesse nazionale».

¹⁰⁷ Cfr. C. cost., n. 259/1996, considerato in diritto § 3.

¹⁰⁸ Cfr. C. cost., n. 273/2010, considerato in diritto § 4. Nella decisione, relativa alla depenalizzazione di alcune fattispecie di furto d'acqua, si afferma che la natura di «bene indispensabile e scarso» dell'acqua comporta «la prevalenza delle regole amministrative di fruizione sul mero aspetto dominicale».

¹⁰⁹ Cfr. C. cost., n. 307/2009, considerato in diritto § 5.2.

¹¹⁰ Ancora limitati i contributi che analizzano con completezza scientifica il contenuto giuridico della nozione di beni comuni e la disciplina conseguente, rimasta, perlopiù, al

Il governo dell'acqua è orientato a peculiari finalità individuate nel Codice dell'Ambiente, oltre che al perseguimento dei principi e degli obblighi applicabili a qualsiasi servizio pubblico¹¹¹.

Essi costituiscono il parametro di valutazione della organizzazione e gestione delle risorse idriche e danno senso al concetto di "efficienza", spesso frainteso.

Con riferimento ai servizi idrici, l'"efficienza" è diventata, al contempo, uno scopo *ex se* dell'attività prestata (è ben noto a tutti l'adagio che i servizi idrici debbano esser efficienti, anche se non si spiega quando e perché essi debbano considerarsi efficienti) ed un metodo che impronta l'organizzazione dell'attività stessa (è lo stesso Codice dell'Ambiente a menzionarlo, all'art. 141).

grado di approfondimento delle pur laconiche disposizioni di cui al disegno di legge delega proposto dalla Commissione sui Beni Pubblici presieduta da Stefano Rodotà, nel 2007. Ciò, anche in ragione di una opzione ricostruttiva – ad esempio, U. Mattei, *Beni Comuni. Un manifesto*, Roma-Bari, Laterza, 2011, 47 ss., in un *pamphlet* che, volutamente, sovrappone il piano giuridico, economico e politico (p. XIII), così perdendo, tuttavia, di rigore scientifico – secondo cui l'individuazione dei *beni comuni* non dipende «da presunte caratteristiche ontologiche, oggettive o meccaniche che li caratterizzerebbero, ma da contesti in cui essi divengono rilevanti quanto tali» (p. 53), preferendo, così, un approccio settoriale, perché, «i beni comuni sfuggono a determinazioni astratte» (p. 61). Quanto agli studi di carattere generale, essi sembrano addivenire a conclusioni assai diverse fra loro: in proposito, cfr., ad esempio, A. Lucarelli, *La democrazia dei beni comuni*, Roma-Bari, Laterza, 2013, 59 ss. e D. Donati, A. Paci (a cura di), *Sussidiarietà e concorrenza*, cit.. Si veda anche A. Jannarelli, *Relazione generale. I "beni comuni" tra vecchi e nuovi paradigmi*, in A. Germanò, D. Viti (a cura di), *Agricoltura e "beni comuni". Atti del convegno IDAIC, Lucera-Foggia, 27-28 ottobre 2011*, Milano, Giuffrè, 2012, 10 ss. Per valide e complete analisi settoriali delle implicazioni correlate alla disciplina dei *beni comuni*, cfr., ad esempio, E. Boscolo, *Le politiche idriche*, cit., 276 ss.; C. Iaione, *Città e beni*, in G. Arena, C. Iaione (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, Roma, Carocci, 2012, 109 ss.; G. Carapezza Figlia, *Oggettivazione e godimento delle risorse idriche*, cit., 8 ss. e 155 ss. Mette conto ricordare che, per la scienza giuridica, le acque interne sono beni a titolarità collettiva, sin da una risalente impostazione (M. S. Giannini, *I beni pubblici. Dispense delle lezioni del Corso di Diritto Amministrativo tenuto nell'Anno Acc. 1962-63*, Roma, Bulzoni, 1963, 47 ss.). Vi è, peraltro, un disallineamento tra nozione giuridica ed economica di *beni comuni*, per il quale si rinvia a M. Franzini, *I beni comuni: questioni di efficienza e di equità*, in G. Arena, C. Iaione (a cura di), *L'Italia dei beni comuni*, cit., 55 ss.

¹¹¹ Sui servizi pubblici e sui relativi obblighi e principi, cfr. M. D'Alberti, *Lezioni*, cit., 131 ss. Utili riferimenti anche in S. Bracconier, *Droit des services publics*, Paris, Presses Universitaires de France, 2007², 299 ss. e B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, 2004, 102 ss. La bibliografia sui servizi pubblici locali è amplissima. Si rinvia, per brevità, a D. Sabatini, *I servizi pubblici locali tra mercato e regolazione*, Roma, Questioni di Economia e Finanza, Occasional Paper n. 19, Banca d'Italia, 2008; S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2008; N. Rangone, *Servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1999.

tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni

In questo secondo senso, esso è stato interpretato in maniera impropria ed ambigua, privilegiandone la accezione economica¹¹².

Impropria, perché attiene ad un ambito tecnico ed il quadro normativo settoriale¹¹³, in cui si fa riferimento all'“efficienza” in termini astratti e generici ed accanto ad ulteriori e diversi principi dell'azione amministrativa (quelli di economicità ed efficacia)¹¹⁴, non ammette questa interpretazione.

Ambiguo, perché è il principio di economicità dell'azione amministrativa (e non quello di efficienza) ad indicare «la produzione dei migliori risultati con il minor dispendio di risorse, ovvero la produzione dei migliori risultati compatibilmente con le risorse disponibili»¹¹⁵.

Come valore, scopo da perseguire, il concetto di “efficienza” è stato adoperato in maniera imprecisa. Infatti, il sostantivo “efficienza” significa «rispondenza o adeguatezza di uno strumento o di un'organizzazione alla propria funzione»¹¹⁶. Perciò, un fine, una funzione, sono elementi indispensabili a verificare l'efficienza di una prestazione e a conferire a tale concetto la necessaria concretezza.

Se l'efficienza è una valutazione¹¹⁷, essa implica una attività di misurazione, la quale, a sua volta, necessita l'individuazione del cosa misurare, del perché e del come farlo¹¹⁸.

¹¹² Il rinvio d'obbligo è a F. Balassone, M. Francese, R. Giordano, *Efficienza dei servizi pubblici: una rassegna nella letteratura*, in Banca d'Italia, *L'efficienza nei servizi pubblici*, Roma, Banca d'Italia, 2003, 19 ss. Sull'efficienza dell'impresa in senso economico, cfr. H.R. Varian, *Microeconomia*, Venezia, Cafoscarina, 1993³, 301 ss. e 524 ss.; J. Sloman, *Microeconomia*, Bologna, il Mulino, 2005, 115 ss. e 187 ss.

¹¹³ Cfr. d.lgs. n. 152/2006, art. 141.

¹¹⁴ Sui principi di economicità ed efficacia, cfr. V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011², 258-260. In proposito cfr. anche G. Azzariti, *Modelli di amministrazione e trasformazioni dello Stato (1998)*, in Id., *Forme e soggetti*, cit., 73 ss.; S. Lariccia, *Buon andamento ed economicità: nuovi criteri per la funzione del diritto e il mestiere del giurista?*, in A. Cerri, G. Galeotti (a cura di), *Efficienza ed efficacia dell'azione pubblica*, Roma, Aracne, 2012, 119 ss.; I. Sigismondi, *Il principio del buon andamento tra politica e amministrazione*, Napoli, Jovene, 2011, 87 ss. e 209 ss.; M.R. Spasiano, *Il principio di buon andamento*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 117 ss. (in particolare, 124-130).

¹¹⁵ Così, V. Cerulli Irelli, *Lineamenti*, cit., 259.

¹¹⁶ S. Battaglia, *Efficienza*, in *Grande dizionario della lingua italiana*, V, Torino, 1968, 58.

¹¹⁷ In questo senso, G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2010, 93 ss., secondo cui «l'efficacia e l'economicità formano insieme il concetto di efficienza dell'azione amministrativa, in quanto si considera efficiente l'attività che raggiunge i risultati prefissati col minimo dispendio di mezzi e di risorse. Un modello organizzativo rispettoso di questi criteri è per definizione “orientato al risultato”, cioè valutabile non in rapporto alla sua rispondenza a regoli formali, ma in rapporto ai risultati da conseguire» (p. 93).

¹¹⁸ Utili riferimenti, in questo senso, in S. Cassese, *L'Anvur ha ucciso la valutazione*. *Viva*

Dunque, è necessario approfondire gli obiettivi cui è improntata la gestione dei servizi idrici, per poterne valutare l'efficienza¹¹⁹.

In particolare, si tratta della tutela di interessi ambientali, della soddisfazione di valori sociali primari e del perseguimento di modelli gestionali economicamente efficienti.

Dei primi sono prova, fra gli altri, gli obiettivi di utilizzo sostenibile delle risorse idriche, riduzione dei consumi e degli sprechi, incremento della qualità delle acque, protezione del patrimonio idrico¹²⁰.

Invece, i secondi sono attestati dalla dichiarazione di prevalenza del consumo umano rispetto agli altri usi dell'acqua e di gestione delle risorse idriche secondo criteri di solidarietà¹²¹.

Dei terzi sono dimostrazione, ad esempio, l'introduzione di economie di scala e le modalità di determinazione della tariffa¹²².

Sono emblematici, in questo senso, il piano d'ambito, l'atto nevralgico della pianificazione locale, e le modalità di determinazione della tariffa, attraverso cui penetrano nella fornitura del servizio idrico compiti ecologico-deputativi, valutazioni sociali e principi di programmazione economico-gestionale¹²³.

la valutazione!, intervento all'incontro organizzato dal Roars dal titolo "Il sistema dell'Università e della Ricerca. Fatti leggendo futuro", svoltosi a Roma presso l'Istituto dell'Enciclopedia Treccani il 15 novembre 2012. L'intervento è disponibile sui siti www.irpa.eu e www.roars.it.

¹¹⁹ Sui servizi idrici, cfr. lo studio, ricco e completo, di A. Massarutto, *Privati dell'acqua?*, cit.; e ancora, C. Tessarolo, *L'affidamento della gestione del servizio idrico integrato*, in *Dirittodeiservizipubblici.it*; F. Costantino, *La guerra dell'acqua. Dalla proprietà del bene alla gestione del servizio*, in *Rivistaaia.it*; nonché il primo fascicolo della rivista *Analisi giuridica dell'economia*, 2010, integralmente dedicato alla disciplina delle acque e dei servizi idrici.

¹²⁰ Su cui cfr. d.lgs. n. 152/2006, artt. 119, 144, 145 e 146. Per la disciplina europea, cfr. Direttiva 2000/60/Ce, considerando 1.

¹²¹ Cfr. d.lgs. n. 152/2006, art. 144. Il che implica, ad esempio, la previsione di tariffe diversificate a seconda dei consumi idrici ed abbordabili per le utenze domestiche, nonché il perseguimento del principio di universalità.

¹²² Cfr. d.lgs. n. 152/2006, artt. 147, 149, 154. Con riferimento al piano d'ambito, si veda, ad esempio, il piano economico finanziario in esso incluso. In merito alla tariffa, tra gli altri, si segnala l'applicazione del principio del recupero dei costi. Nella ricostruzione degli interessi economici considero ricompresi tanto gli aspetti di efficienza economica del gestore che di sostenibilità finanziaria dell'attività svolta. Per la disciplina europea, cfr. Direttiva 2000/60/Ce, considerando 36 e 38.

¹²³ Cfr. d.lgs. n. 152/2006, art. 149. Per un approfondimento sui piani d'ambito cfr. A. Bonanni, M. Gastaldi, C. Rocca, *Riorganizzazione e gestione del servizio idrico integrato*, Milano, Franco Angeli, 2003, 60 ss. e 91 ss.; quanto alle finalità assolte dalla regolazione tariffaria cfr. Oecd, *Pricing Water Resources and Water and Sanitation Services*, Paris, Oecd, 2010, 17 ss. Per quanto riguarda il sistema di regolazione tariffaria in Italia, se si vuole, può leggersi F. Capo-

tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni

Talora, peraltro, il perseguimento di questi principi implica scelte gestionali opposte ed impone all'autorità pubblica un ponderato – e per nulla semplice – bilanciamento di valori¹²⁴.

Dunque, le modalità di affidamento e gestione dei servizi idrici devono servire, in via principale, queste finalità pubbliche e rispettare i principi generali del servizio pubblico¹²⁵; conseguentemente, una disciplina concorrenziale è ammissibile solo laddove essa non pregiudichi tali obiettivi di interesse generale.

Qualsiasi restrizione legislativa dei gestori deve essere operata solo laddove sia dimostrato che fornitori pubblici o società private non siano, ontologicamente, in grado di soddisfare le finalità appena richiamate.

In altre parole, la valutazione circa la ripubblicizzazione o la privatizzazione dei servizi idrici deve tener conto solo e soltanto delle *performances* degli affidatari e della loro capacità di soddisfare esigenze ambientali, sociali ed economiche.

Si può escludere in via assoluta la gestione privata solo qualora sia dimostrato che essa non è capace, di per sé, di realizzare gli obiettivi ambientali e sociali sottesi al governo dell'acqua; all'opposto, si deve negare la possibilità di una gestione pubblica solo nel caso in cui si dimostri che essa non sia in grado di adempiere la propria missione perseguendo modalità organizzative economicamente efficienti.

Seguendo questa impostazione, deve ritenersi che qualsiasi discussione attorno alle modalità di gestione dei servizi idrici sia irrilevante.

rale, *Legislatore, Consulta, democrazia diretta: i nodi irrisolti dei servizi idrici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2011, 1022 ss.

¹²⁴ Due esempi. La finalità di ridurre le perdite negli acquedotti e di migliorare la qualità delle risorse idriche possono obbligare il gestore a nuovi investimenti, che dovranno essere adeguatamente considerati nella determinazione tariffaria, a scapito dell'utente finale. Ancora, si può perseguire un consumo più accorto dell'acqua, tanto verificando con maggiore precisione i consumi individuali o applicando tariffe con incrementi più che proporzionali rispetto alla quantità d'acqua consumata – sfavorendo così gli utenti – che promuovendo, presso di loro, campagne di sensibilizzazione alla riduzione dei consumi o all'installazione di apparecchi che favoriscono il risparmio idrico (elettrodomestici, rubinetti, scarichi, ad esempio) con l'effetto di ridurre i guadagni del gestore.

¹²⁵ Sulla funzione dei principi nel diritto amministrativo cfr. M. D'Alberti, *Diritto amministrativo e principi generali*, in Id. (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2010, 67 ss. Sui principi generali del diritto amministrativo, si rinvia a M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., mentre sui principi generali del diritto si vedano gli atti del convegno organizzato, nel 1991, dall'Accademia Nazionale dei Lincei, pubblicati nel volume *I principi generali del diritto*, Roma, Accademia nazionale dei Lincei, 1992.

Irrilevante tanto per chi per chi ritiene che la gestione privata non sia in grado di fornire la necessaria tutela ad istanze sociali ed ambientali, che per chi sostiene che un soggetto pubblico non possa organizzare il servizio in maniera economicamente efficiente.

Infatti, una messe di studi empirici hanno dimostrato che non contano né la proprietà delle imprese né la disciplina dell'affidamento (con o senza gara) per la qualità delle prestazioni nello svolgimento di attività di interesse generale¹²⁶: invece, quelle che contano e che devono rimanere necessariamente pubbliche, affinché i servizi pubblici siano forniti in maniera efficace ed efficiente, sono le funzioni di indirizzo, controllo e regolazione¹²⁷.

Da questo punto di vista, l'apparato di regolazione dei servizi idrici in vigore si presta a numerosi rilievi critici: una inesatta definizione di responsabilità tecniche e politiche¹²⁸; una caotica allocazione di competenze tra re-

¹²⁶ Così, A. Massarutto, *Privati dell'acqua?*, cit., 100 ss., 208 ss., secondo cui la domanda se sia meglio una gestione pubblica o privata è addirittura «senza senso» (233). Per una analisi empirica del rendimento dei gestori italiani, cfr. M. Benvenuti, E. Gennari, *Il servizio idrico*, in M. Bianco, P. Sestito (a cura di), *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, Bologna, il Mulino, 2010, 143 ss.; T. Caliman, P. Nardi, *Technical efficiency drivers for the Italian water industry*, in *Economia delle fonti di energia e dell'ambiente*, 2010, 87 ss.; A. Guerrini, G. Romano, B. Campedelli, *Factors affecting the performance of water utility companies*, in *International journal of public sector management*, 2011, 543 ss.; G. Romano, A. Guerrini, *Measuring and comparing the efficiency of water utility companies. A data envelopment analysis approach*, in *Utilities policy*, 2011, 202 ss. Per le analisi relative al rendimento di gestori stranieri, *ex multis*, cfr. K. Gassner, A. Popov, N. Pushak, *Does private sector participation improve performance in electricity and water distribution?*, Washington, World Bank, 2009; D. Hall, E. Lobina, *Water privatization*, in *Critical essays on the privatization experience*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2009, 75 ss.; OECD, *Liberalisation and universal access to basic services*, Paris, Oecd, 2006; D. Saal, D. Parker, *The impact of privatisation and regulation on the water and sewerage industry in England and Wales: a translog cost function model*, in *Managerial and Decision Economics*, 2001, 253 ss.; D. Saal, D. Parker, *Productivity and price performance in the privatized water and sewerage companies of England and Wales*, in *Journal of regulatory economics*, 2001, 61 ss.; S. Martin e D. Parker, *The impact of privatisation: ownership and corporate performance in the Uk*, London, Routledge, 1997; Convention of Scottish local authorities, *The implications of privatisation on water and sewerage services in England and Wales*, Edinburgh, Scottish & Westminster Communications, 1992. Per una più ampia rassegna degli studi sul tema, cfr. W. Megginson, J. Netter, *From State to Market: a survey of empirical studies on privatization*, in *Journal of economic literature*, 2001, 321 ss. e P. Jackson, *The privatisation of the British public sector: an assessment of a policy innovation*, in M. Baldassarri, A. Macchiati, D. Piacentino (a cura di), *The privatisation of public utilities: the case of Italy*, Basingstoke, Macmillan Press, 1997, 84 ss.

¹²⁷ In questo senso, cfr. A. Moliterni, *L'acqua, i servizi pubblici locali e lo strumento referendario*, in *Treccani.it*.

¹²⁸ Per un approfondimento, cfr. A. Massarutto, *Privati dell'acqua?*, cit., 193 ss.

golatore nazionale e locale, con sovrapposizioni e gravi conflittualità¹²⁹; una frequente confusione tra funzioni di indirizzo e controllo e funzioni di gestione¹³⁰; un insieme di poteri insufficienti e parziali¹³¹; una certa debolezza del regolatore, privo, spesso, di strumenti sanzionatori efficaci¹³²; la mancanza di campioni informativi completi ed aggiornati¹³³; una notevole disomogeneità e complessità di modelli tariffari diversi e gravi incertezze sull'oggetto stesso della regolazione tariffaria¹³⁴.

5. “Il posto delle regioni”: l’affidamento dei servizi idrici e le competenze degli enti locali

Agli enti locali spetta dunque organizzare con discrezionalità i servizi idrici, nelle maglie – si spera delle dimensioni adeguate, né troppo strette, né troppo lasche – tessute dal legislatore statale.

Negli ultimi anni, per consentire una certa flessibilità organizzativa, che consentisse di adeguare l’organizzazione dei servizi alle differenti esigenze territoriali e condizioni geografiche, al significativo trasferimento di competenze a livello centrale ha fatto da contrappeso l’importante corpo di attività di regolazione, programmazione, organizzazione e controllo esercitate a livello locale, a mezzo delle AATO.

Tuttavia, l’intensificarsi degli interventi normativi statali ed il divampare del dibattito pubblico ha favorito l’emergere di una controtendenza: gli

¹²⁹ In proposito, se si vuole, diversi casi sono esposti in F. Caporale, *La soppressione delle Autorità d’ambito*, cit., 269 ss.

¹³⁰ Sul punto, cfr. Cons. St., sez. VI, n. 5788/2011 e Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, *Relazione al Parlamento sullo stato dei servizi idrici. Roma 22 luglio 2010*, 60.

¹³¹ Cfr. G. Napolitano, *Per un’ autorità indipendente di regolazione dei servizi idrici*, in *Rafforzare le funzioni pubbliche in una nuova regolazione per il settore idrico: il quadro comunitario e nazionale seminario di studio, Roma, 23 aprile 2010*, Roma, Federutility e Confservizi, 2010, 4 ss. (in particolare, 9 ss.).

¹³² Ad esempio, le autorità di regolazione non hanno poteri sanzionatori nel caso di mancata risposta delle società affidatarie ai questionari informativi loro inviati.

¹³³ Cfr. Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, *Relazione al Parlamento sullo stato dei servizi idrici. Roma 22 luglio 2010*, 63-64 e 99. La più recente relazione annuale (dicembre 2011) della Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, *Rapporto sullo stato dei servizi idrici*, cit., elabora campioni statistici aggiornati al 2009.

¹³⁴ Su cui, A. Massarutto, *Privati dell’acqua?*, cit., 165 ss., 197 ss. In proposito, sia consentito rinviare alla analisi critica dell’attuale disciplina della regolazione tariffaria offerta in F. Caporale, *Legislature, Consulta, democrazia diretta*, cit., 1022 ss.

strattoni, di segno tutto politico, di alcune amministrazioni regionali e di alcuni enti locali, che hanno tentato di ampliare il proprio campo d'azione nella organizzazione e gestione dei servizi idrici.

La riespansione delle potestà regionali in materia di servizi idrici non è scaturita dal *referendum* sulle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, ma ha avuto origine prima, dalla soppressione delle AATO, che ha sconvolto l'instabile equilibrio istituzionale sino ad allora esistente¹³⁵.

Ciò è avvenuto attraverso due strade, entrambe correlate alla decisione n.128/2011 della Corte costituzionale, la quale ha riconosciuto alle regioni una «ampia sfera di discrezionalità, consentend[olo loro] di scegliere i moduli organizzativi più adeguati a garantire l'efficienza del servizio idrico integrato e del servizio di gestione ugualmente integrato dei rifiuti urbani, nonché forme di cooperazione fra i diversi enti territoriali interessati»¹³⁶.

La prima, niente affatto ortodossa, consiste nel tentativo, spesso molto pervasivo, di influenzare l'attività della autorità locali che hanno sostituito le AATO.

Inizialmente, la Corte Costituzionale ha mostrato tolleranza verso questa modalità di intervento. Infatti, ha ritenuto conferente al dettato costituzionale che la regione Abruzzo dichiarasse, con legge regionale ed in via presuntiva, la insussistenza delle condizioni per il ricorso al mercato nell'affidamento dei servizi idrici¹³⁷, esautorando, di fatto, i compiti delle AATO allora previste¹³⁸.

Di recente, questo orientamento è stato radicalmente rivisitato, riprendendo le linee – ormai ben consolidate – di cui si è trattato al secondo paragrafo¹³⁹.

Con la decisione n. 62/2012, la Consulta ha giudicato costituzionalmente illegittima la normativa con cui la regione Puglia ha disposto che il servizio idrico dovesse essere affidato ad una azienda pubblica regionale¹⁴⁰.

¹³⁵ Per una ampia disamina della vicenda della soppressione delle Autorità di ambito territoriale ottimale, dei compiti di regolazione da esse svolti e dalle prospettive nella regolazione dei servizi idrici, può vedersi F. Caporale, *La soppressione delle Autorità d'ambito e la Consulta*, cit., 269 ss.

¹³⁶ C. cost., n. 128/2011, considerato in diritto § 2.

¹³⁷ Cfr. C. cost., n. 32/2012, considerato in diritto § 5.1.

¹³⁸ All'epoca, la gestione del servizio idrico abruzzese era disciplinata secondo le disposizioni di cui alla l.r. n. 8/2007.

¹³⁹ Si tratta di C. cost., n. 246/2009; n. 307/2009; n. 29/2010; n. 142/2010; n. 325/2010; n. 128/2011; n. 187/2011; n. 32/2012.

¹⁴⁰ Cfr. C. cost., n. 62/2012, considerato in diritto §§ 3-3.2. L'orientamento giurisprudenziale è stato confermato nella decisione n. 228/2013, che ha dichiarato l'illegittimità

tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni

In tale occasione, essa, pur mantenendo un approccio prudente, attento «a non dire oltre il necessario»¹⁴¹, ha optato per un metodo interpretativo sistematico, al fine di effettuare un controllo stringente sulla normativa regionale.

In particolare, l'amministrazione regionale, con la l.r. n. 11/2011, aveva costituito la "Acquedotto pugliese (AQP)", una azienda speciale, cui, implicitamente, aveva affidato la gestione dei servizi idrici in via diretta.

Secondo la Corte, la illegittimità costituzionale derivava proprio dall'esautoramento delle funzioni assegnate (peraltro dalla regione stessa e con una legge di poco precedente) alla Autorità idrica pugliese. A tale conclusione non ostava il fatto che nella disciplina impugnata mancasse l'espresso conferimento del servizio idrico, perché la omologia tra la struttura della azienda ed i requisiti soggettivi generali per l'affidamento stabiliti nel medesimo testo legislativo era sufficiente a ritenere compromessa l'autonomia d'azione della autorità idrica regionale¹⁴².

La seconda strada consiste nella individuazione delle forme di cooperazione tra comuni e province per la organizzazione e gestione dei servizi idrici ed è, quindi, di segno profondamente diverso dalla precedente.

Si attua, infatti, «tramite la struttura organizzativa introdotta con legge regionale e per le vie amministrative anziché attraverso misure normative»¹⁴³.

Tuttavia, a questa facoltà alcune regioni hanno dato una applicazione radicale – al limite della illegittimità costituzionale¹⁴⁴ – allo scopo di sottrarsi

costituzionale della legge della Regione Molise che affidava la gestione del servizio idrico ad una azienda speciale regionale (considerato in diritto par. 3-3.1).

¹⁴¹ Questa è la lettura della giurisprudenza costituzionale in materia di servizi idrici proposta da A. Sandulli, *L'acquedotto pugliese e la gestione del servizio idrico*, cit., 833. Proprio per questa ragione è necessario sgombrare il campo da una mistificazione: la Corte non ha mai dichiarato costituzionalmente illegittima la forma gestionale dell'azienda speciale, «strada, molto più interessante sotto il profilo giuridico, ma più scivolosa», ma «ha preferito [...] tenersi le mani libere in ordine alle forme di gestione ed alle modalità di affidamento del servizio idrico», dichiarando l'illegittimità costituzionale della norma pugliese per lo sconfinamento nell'esercizio di competenze assegnate ad una differente struttura amministrativa (830-831).

¹⁴² Cfr. C. cost., n. 62/2012, considerato in diritto § 3.1.

¹⁴³ Così, A. Sandulli, *L'acquedotto pugliese e la gestione del servizio idrico*, cit., 830.

¹⁴⁴ L'art. 1, c. 1-*quinquies*, d.l. n. 2/2010, come modificato dalla legge di conversione n. 42/2010, dispone, laconicamente, che «le regioni attribuiscono con legge le funzioni già esercitate dalle Autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza». La giurisprudenza costituzionale è sembrata adombrare che le regioni non potessero assegnare a loro stesse tali competenze. Infatti, se in un primo tempo essa si era limitata ad osservare che la disposizione di cui si tratta «riserva al legislatore regionale un'ampia sfera di discrezionalità, consentendogli di scegliere i moduli organizzativi più adeguati a garantire

a quella morsa (tra competenze dello Stato e dimensione subregionale delle AATO) in cui sembravano essere intrappolate¹⁴⁵.

Alcune amministrazioni regionali hanno assegnato le funzioni precedentemente esercitate dalle AATO alle regioni stesse (così è accaduto in Calabria¹⁴⁶ e in Molise¹⁴⁷) o ad enti pubblici di dimensione regionale presieduti da un componente della Giunta regionale (ad esempio, in Abruzzo¹⁴⁸).

L'efficienza del servizio idrico integrato e del servizio di gestione ugualmente integrato dei rifiuti urbani, nonché forme di cooperazione fra i diversi enti territoriali interessati» (C. cost., n. 128/2011, considerato in diritto § 2), successivamente, in occasione della vicenda relativa all'acquedotto pugliese, ha statuito che «alla legge regionale spetta soltanto disporre l'attribuzione delle funzioni delle soppresse Autorità d'ambito territoriale ottimale (AATO), “nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza”, e non spetta, di conseguenza, provvedere direttamente all'esercizio di tali funzioni affidando la gestione ad un soggetto determinato», escludendo, così, apparentemente che le regioni possano esercitare le funzioni prima di competenza delle AATO (C. cost., n. 62/2012, considerato in diritto § 3.2). Di recente, la prudenza della Corte sembra aver condotto ad un orientamento maggiormente deferente delle competenze regionali e delle opportunità politiche, giacché, nel ritenere costituzionalmente legittima la disciplina adottata in materia dalla regione Abruzzo, ha osservato che essa, «avvalendosi degli spazi di autonomia [...] riconosciuti dalla legge statale (art. 2, c. 186-bis, l. n. 191/2009) e dalla giurisprudenza di questa Corte (sent. n. 128/2011), ha previsto (art. 1, c. 5, l.r. n. 9/2011), per il servizio idrico integrato, un ambito territoriale unico regionale (ATUR), coincidente con l'intero territorio regionale, ed un unico soggetto d'ambito competente (ente regionale per il servizio idrico – ERSI), al quale sono attribuite tutte le funzioni già assegnate alle soppresse Autorità d'ambito. [...]. Si deve al riguardo osservare che il rispetto dei principi di sussidiarietà, di differenziazione e di adeguatezza, richiamati dal sopra citato art. 2, c. 186-bis, l. n. 191/2009, implica che non possa essere trascurato, nella prefigurazione normativa regionale della struttura e delle funzioni dei soggetti attributari dei servizi, il ruolo degli enti locali e che debba essere prevista la loro cooperazione in vista del raggiungimento di fini unitari nello spazio territoriale che il legislatore regionale reputa ottimale. Si deve ritenere, pertanto, che un organismo come l'assemblea dei sindaci (ASSI) ben si inserisca nell'organizzazione dell'ente regionale unitario, allo scopo di mantenere un costante rapporto tra programmazione e gestione del servizio su scala regionale ed esigenze dei singoli territori compresi nell'ambito complessivo dell'ERSI» (C. cost., n. 50/2013, considerato in diritto §§ 5-5.1). La Corte, insomma, si è attestata ad una verifica formale dell'attribuzione delle funzioni ad un ente differente dalla regione medesima ed ha attestato che fossero previsti, sulla carta, spazi di cooperazione sufficienti per i comuni, ma non ha analizzato, in concreto, gli equilibri politici di volta in volta affermatasi.

¹⁴⁵ Sulla posizione delle regioni, comprese tra competenze statali e subregionali, si veda ancora A. Sandulli, *L'acquedotto pugliese e la gestione del servizio idrico*, cit., 833 ss.

¹⁴⁶ L.r. n. 34/2010, art. 47.

¹⁴⁷ L.r. n. 5/2009, in particolare artt. 3 e 4.

¹⁴⁸ L.r. n. 9/2011. Per la legittimità costituzionale della disposizione si è espressa Corte costituzionale, n. 50/2013, considerato in diritto §§ 5-5.3. Alcune brevi considerazioni su di essa sono alla nota 144.

Peraltro, in maniera paradossale, così operando, esse hanno realizzato – più e meglio di altre regioni – la *ratio* sottesa dal legislatore statale alla soppressione delle AATO, il contenimento della spesa pubblica, superando alcune perplessità circa l' idoneità del provvedimento normativo a raggiungere l'obiettivo atteso¹⁴⁹.

Queste vie d'uscita sono state offerte, forse involontariamente, dallo stesso legislatore statale, laddove alla soppressione delle AATO non ha fatto seguire la puntuale individuazione delle dimensioni, della struttura e delle modalità di composizione dei soggetti istituzionali che dovevano sostituirle.

Ambedue le strade tentate presentano alcune criticità, sia sul piano giuridico che logico, dal momento che le regioni sconfinano in ambiti ritenuti – seppur con leciti dubbi¹⁵⁰ – afferenti alla materia della tutela della concorrenza e su cui la normativa statale è di segno chiaramente differente.

In ogni caso, attraverso queste due vie, e per effetto della soppressione delle AATO e non del *referendum*, le regioni hanno cercato di riconquistare (e nel secondo caso, ci sono riuscite, almeno temporaneamente) uno spazio rilevante nella gestione e nella organizzazione dei servizi idrici, anche con riferimento ai momenti della scelta del fornitore e del conferimento della gestione.

All'origine della questione vi è un problema pratico di non poco conto: una imprecisa e poco accorta distinzione tra competenze politiche e tecniche.

Infatti, l'insieme di funzioni assegnate alle autorità locali comprende (e confonde, specie nel caso, fino ad ora assai frequente, di affidamenti *in house*) attività di gestione e controllo/sanzione, con il rischio di minare la credibilità delle attività di regolazione nel loro complesso¹⁵¹.

¹⁴⁹ In proposito si rinvia alla completa analisi della circolare del 28 marzo 2010 dell'Anea, *Un primo commento sulla soppressione delle Autorità di ambito*. Quanto alla soppressione delle Autorità di ambito nella prospettiva del contenimento della spesa pubblica, sia consentito rinviare ancora a F. Caporale, *La soppressione delle Autorità d'ambito e la Consulta*, cit., 288 ss.

¹⁵⁰ In proposito cfr. M. Cecchetti, *L'organizzazione e la gestione del Servizio idrico integrato nel contenzioso costituzionale tra Stato e Regione*, cit., 105 ss.; A. Sandulli, *L'acquedotto pugliese e la gestione del servizio idrico*, cit., 830. Se si vuole, può leggersi anche quanto osservato in F. Caporale, *La soppressione delle Autorità d'ambito e la Consulta*, cit., 272-274.

¹⁵¹ Cons. St., sez.VI, n. 5788/2011; Cons. St., sez.VI, n. 5067/2012; Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, *Relazione al Parlamento sullo stato dei servizi idrici. Roma 22 luglio 2010*, 60. Le AATO sono state efficacemente definite da A. Massarutto, *Privati dell'acqua?*, cit., 194 «un'entità autonoma dall'incerto profilo giuridico, che volta per volta diventata pianificatore, controparte contrattuale, soggetto economico delle aziende (soprattutto nelle gestioni *in house*) e perfino supplente del ruolo di regolatore».

È auspicabile che il legislatore statale – l'unico che può farlo, visto che le attribuzioni delle AATO e delle autorità che le hanno rimpiazzate rientrano nella materia della tutela della concorrenza¹⁵² – ridefinisca i compiti assegnati a dette autorità (separando decisioni di natura politico-sociale e tecnico-scientifica¹⁵³) e marchi la loro distinzione (in termini almeno di struttura e composizione, e dei requisiti di competenza ed indipendenza del loro personale) rispetto agli enti locali di estrazione politica.

In particolare, la scelta tra gestione pubblica e privata del servizio idrico importa una valutazione circa la soddisfazione di esigenze della collettività ed è, perciò, una scelta di evidente natura politica – non così, ovviamente, lo svolgimento della procedura di gara, laddove ritenuta opportuna¹⁵⁴.

Del resto, il pari rendimento di gestori pubblici e privati fa concludere che la scelta delle modalità attraverso cui affidare il servizio sia frutto di una valutazione fondamentalmente ideologica, che concerne il ruolo che le strutture pubbliche devono avere nel perseguimento della propria missione sociale.

Questa impostazione gioverebbe in primo luogo alle autorità locali di regolazione, che non dovrebbero più occuparsi di materie poco rilevanti per l'efficienza dei servizi, da un punto di vista pratico, ma estremamente delicate, da un punto di vista mediatico e per di più caratterizzate da un ampio margine di discrezionalità, data la scarsità di indici tecnici e scientifici risolutivi¹⁵⁵.

¹⁵² Cfr. C. cost., n. 246/2009; n. 325/2010; n. 128/2011.

¹⁵³ Peraltro, tale distinzione è necessaria per la qualità della regolazione dei servizi idrici, come osservato da G. Fiengo, *Principi semplici e non derogabili dell'attività di regolazione*, in *Rafforzare le funzioni pubbliche in una nuova regolazione per il settore idrico*, cit., 34 ss.

¹⁵⁴ In questi termini, A. Sandulli, *Privatizzare si può. Ma non l'acqua*, in *Costituzionalismo.it*; M. Dugato, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici*, cit., 522; F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008, 548; Cons. St., sez. V, n. 7369/2006. Mette conto segnalare, invece, che la scelta tra gestione pubblica e privata è stata condizionata alla pubblicazione di una relazione (di cui all'art. 34, c. 20, d.l. n. 179/2012), la cui capacità di limitare la discrezionalità degli enti locali andrà verificata in occasione della sua applicazione concreta. Essa potrebbe rivelarsi uno strumento efficace per aumentare la trasparenza, il controllo pubblico e la responsabilità (politica) in relazione a decisioni così socialmente rilevanti. D'altra parte, se interpretata in maniera troppo stringente, potrebbe diventare un nuovo vincolo al ricorso all'*in house*.

¹⁵⁵ E consentirebbe di superare anche il problema della (eccessiva) rilevanza attribuita ai contratti di servizio, lo strumento principale di regolazione a livello locale (così si esprimeva il Comitato per la Vigilanza sull'Uso delle Risorse Idriche, delibera n.2 del 3 marzo 2005, *Atto di indirizzo in tema di controlli, sanzioni e revisioni nel contratto di servizio*), la cui inef-

Inoltre, specialmente dopo il *referendum*, l'affidamento dei servizi è oggetto delle attenzioni dell'opinione pubblica, con conseguenti possibili aspre critiche per l'operato dei regolatori.

Dunque, al netto di eventuali modifiche istituzionali più profonde, attribuire il compito di scegliere tra gestione pubblica e gestione privata ad enti locali dotati di investitura politica avrebbe due meriti: migliorare l'operato delle autorità locali e semplificarne le funzioni, accrescendo l'efficacia globale della loro azione¹⁵⁶; garantire un controllo pubblico migliore degli indirizzi organizzativi dei servizi idrici, con un incremento della qualità del loro sistema di regolazione.

6. Pubblico o privato: è davvero questo il problema dei servizi idrici?

Il settore dei servizi idrici è contrassegnato da ipostatizzazioni ed ideologizzazioni (tra privatizzazione e ripubblicizzazione)¹⁵⁷, interpretazioni forzate (quanto ai condizionamenti dell'Unione Europea riguardo all'applicazione di principi concorrenziali nei servizi idrici), scelte non necessarie (la struttura societaria per le gestioni *in house*).

ficacia, nel settore di cui si tratta, è stata ampiamente dimostrata. Fra gli studi di diritto interno, cfr. G. Canitano, D. Di Laurea, N. Doni (a cura di), *La convenzione di affidamento e la regolazione del servizio idrico*, Milano, Franco Angeli, 2007 e L. Andwater, P. Rubino, *Rischi, incertezze e conflitti d'interesse nel settore idrico italiano: analisi e proposte di riforma*, Materiali Uval n. 10/2006, 16 ss. e 31 ss. Nel sistema francese, i suoi insuccessi sono stati una delle ragioni della ripubblicizzazione dei servizi idrici parigini, come racconta A. Le Strat, *Paris: comment une collectivité peut reprendre en main la gestion de l'eau*, disponibile on line all'indirizzo www.tni.org. Anche a livello sovranazionale se ne sono percepiti, da tempo, i limiti. In proposito, cfr. World Bank, *Approaches to private participation in water services. A toolkit*, Washington, IBRD/World Bank, 2006, 97 ss., secondo cui «contractual incompleteness is unavoidable» (110) e Oecd, *Private Sector Participation in Water Infrastructure. Oecd checklist for public action*, Paris, Oecd, 2009, 17 ss.

¹⁵⁶ Sulla chiarezza, coerenza e semplicità delle funzioni assegnate come indice della qualità della regolazione, cfr. M. De Benedetto, M. Martelli, N. Rangone, *La qualità delle regole*, Bologna, Il Mulino, 2011, 145 ss.

¹⁵⁷ La questione è trattata mirabilmente nel contributo, bello ed ampiamente condivisibile, di N. Lugaresi, *Diritto all'acqua e privatizzazione del servizio idrico*, in G. Santucci, A. Simonati, F. Cortese (a cura di), *L'acqua e il diritto. Atti del convegno tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento (2 febbraio 2011)*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2011, 43 ss., il quale si sofferma anche sulla polisemia giuridica della nozione di "diritto all'acqua" e sulle semplificazioni invalse nel dibattito scientifico e pubblico in Italia.

Sono individuabili tendenze centripete (un maggiore intervento del legislatore statale nella disciplina della materia, in nome della tutela della concorrenza e dell'ambiente) e controtendenze centrifughe (le regioni, che annaspiano nel tentativo di sottrarsi alla morsa del potere centrale e degli enti subregionali).

Tali questioni hanno finito per assumere un peso preponderante, lasciando in secondo piano le indeterminanze strutturali dell'apparato regolatorio del settore.

Si è dimenticato, insomma, che sono le regole a determinare la qualità delle prestazioni dei gestori pubblici e privati. Così, sono stati sottovalutati i reali problemi del settore: il mancato aggiornamento delle tariffe, per circa un ventennio¹⁵⁸; la insufficienza e la scarsa preparazione del personale delle AATO, causa di errori gravi nella regolazione¹⁵⁹; la confusione tra funzioni politiche e tecniche, tra organizzazione e regolazione; l'apparato regolatorio, al contempo farraginoso e complesso e privo di poteri essenziali¹⁶⁰; l'insufficienza degli investimenti rispetto alle necessità strutturali¹⁶¹; l'intollerabile stato della rete idrica, con perdite elevatissime¹⁶²; la ancora incompleta attuazione della Legge Galli.

Si è scritto molto della natura essenziale delle acque, dei diritti fondamentali che esse soddisfano, delle esigenze ambientali ad esse correlate, dell'efficienza gestionale come possibile strumento per perseguirli. Del resto,

¹⁵⁸ Fino alla recente delibera 585/2012/R/idr dell'Autorità per l'energia ed il gas con cui è stato approvato il nuovo Metodo tariffario transitorio, la determinazione della tariffa era effettuata secondo le disposizioni di cui al d.m. 1° agosto 1996 "Metodo normalizzato per la definizione delle componenti di costo e la determinazione della tariffa di riferimento del servizio idrico integrato", mai aggiornato nonostante fossero disposte *ex lege* revisioni periodiche.

¹⁵⁹ Si richiamano, ad esempio, gli errori nella predisposizione dei Piani d'ambito evidenziati da G. Abrate, G. Fraquelli, *Domande e tariffe nel settore idrico italiano: un'analisi di sensibilità sui Piani d'Ambito*, Hermes Working Paper n. 5, Moncalieri (To), 2006. Si veda anche Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, *Relazione al Parlamento sullo stato dei servizi idrici. Roma 22 luglio 2010*, 72 ss.

¹⁶⁰ Sul punto, sia consentito rinviare ancora a quanto osservato in F. Caporale, *La soppressione delle Autorità d'ambito e la Consulta*, cit., 269 ss.

¹⁶¹ Gli investimenti in corso e lo scostamento tra quelli previsti e quelli effettivamente realizzati sono riportati in Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, *Rapporto sullo stato dei servizi idrici*, cit., pp.87 e ss.. Occorrono almeno 60 miliardi di euro nei prossimi 30 anni, secondo Anea & Utilitatis, *Blueobook 2011: i dati sul servizio idrico integrato in Italia*, Roma, Utilitatis pro acqua energia ambiente, 2011.

¹⁶² Il dato medio è del 36,2%. Gli indici statistici più aggiornati in Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche, *Rapporto sullo stato dei servizi idrici*, cit., 183 ss.

l'acqua è una componente essenziale nella genesi delle strutture sociali e nella evoluzione delle sensibilità culturali¹⁶³.

Si è scordato, invece, che un gestore (sia esso pubblico o privato) non è, di per sé, garanzia effettiva di tutela di questi interessi, ma che lo sono, invece, le regole particolari, i programmi e gli obiettivi gestionali dettati dalle autorità di regolazione (nazionale e locali).

La parabola delle trasformazioni del pubblico impiego potrebbe portare consiglio: alle prime riforme, tutte imperniate sulla introduzione di moduli privatistici – con risultati insoddisfacenti –, ha fatto seguito, di recente, un cambiamento di rotta, con l'introduzione e il miglioramento di sistemi di controllo e valutazione dei risultati e di meccanismi premiali e sanzionatori legati alla qualità delle prestazioni¹⁶⁴.

Quindi, lo statuto giuridico di *beni comuni*, quanto alle risorse idriche, non esclude l'esistenza di un regime di concessione (ai privati) sulle acque; quanto ai servizi, non implica necessariamente la fornitura mediante soggetti pubblici¹⁶⁵.

¹⁶³ K.A. Wittfogel, *Oriental despotism. A comparative study of total power*, New Haven, Yale University Press, 1957 e J.-L. Gazzaniga, *Droit de l'eau et organisation sociale*, in J.-L. Harouel (a cura di), *Histoire du droit social. Mélanges en hommage à Jean Himbert*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, 268 ss. Così anche M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, 1995, 22. Anche la Corte costituzionale ha ravvisato «l'evidente essenzialità [del servizio idrico] alla vita associata delle comunità stabilite nei territori comunali» (sent. n. 307/2009, considerato in diritto § 5.2).

¹⁶⁴ Sui risultati del primo percorso di riforma, cfr. S. Cassese, *Le ambiguità della privatizzazione del pubblico impiego*, in S. Cassese, S. Battini (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 1997, 77 ss.; S. Battini, *Dieci anni di riforma amministrativa: il personale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, pp.788 e ss. e S. Cassese, *Dall'impiego pubblico al lavoro con le pubbliche amministrazioni: la grande illusione?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 313 ss. Ancora, S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 1995³, 250, ricorda, fra le varie tendenze che hanno caratterizzato questa prima fase, «la crisi dello Stato e il confronto tra settore privato sviluppato e settore pubblico arretrato, che ha suggerito di portare nel secondo le regole proprie del primo. [...] Infine, un generale orientamento favorevole alla privatizzazione», che tanto somigliano a quanto accade oggi nell'ambito dei servizi idrici. Per un inquadramento generale della fase attuale e delle linee entro cui si muove la nuova riforma del pubblico impiego cfr. G. Scognamiglio, *Dai controlli interni alle valutazioni pubbliche*, in Id. (a cura di), *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico e il ciclo della performance*, Roma, Promo P.A. Fondazione, 2010, 9 ss., R. Perez, *Introduzione al seminario: la performance della pubblica amministrazione*, in Id. (a cura di), *Il "Piano Brunetta" e la riforma della pubblica amministrazione*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2010, 7 ss.; S. Battini, *Il lavoro pubblico dopo la "riforma Brunetta": una prima valutazione*, in *ivi*, 21 ss. Per un giudizio complessivo sulla stagione di riforme della pubblica amministrazione, cfr. G. Melis, *La pubblica amministrazione: una riforma mancata*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 101 ss.

¹⁶⁵ Non lo escludeva, del resto, neppure la proposta avanzata dalla Commissione sui

Con riferimento a questi ultimi, invece, impone di ridefinire i ruoli politici e i compiti tecnici del sistema di regolazione¹⁶⁶, al fine di renderlo «trasparente, efficace e coerente»¹⁶⁷, e di ridisegnarne in profondità il regime, introducendo strumenti incisivi di tutela degli utenti e più pressanti obblighi giuridici per i fornitori (pubblici o privati), al fine di dare concreta soddisfazione ai diritti fondamentali connessi alla fruizione dell'acqua¹⁶⁸.

Basti menzionare, in proposito, il divieto di distacco di alcune categorie di utenti in caso di morosità, i sistemi automatici di rimborso in caso di disservizio, l'ampliamento delle tutele giurisdizionali, l'introduzione di nuovi strumenti partecipativi nella regolazione, il rafforzamento e l'irrigidimento del sistema sanzionatorio, la previsione di sussidi pubblici per garantire la sostenibilità delle tariffe per le fasce deboli¹⁶⁹.

Anche l'affermazione di principi proconcorrenziali e l'applicazione di

Beni Pubblici presieduta da Stefano Rodotà, la quale, nel prevedere la categoria giuridica dei *beni comuni*, stabiliva che di essi potessero esser titolari tanto persone giuridiche pubbliche che privati e che, nel primo caso, potevano esser concessi a privati, a puntuali condizioni (nei casi previsti dalla legge, per una durata determinata e senza possibilità di proroga). Di concessione sui beni, piuttosto che di beni, parla M. D'Alberti, *Per la riforma e la valorizzazione delle concessioni*, cit., 285. Quanto alle modifiche intervenute sulla disciplina concessoria, a seguito delle mutate qualificazioni giuridiche delle acque interne, cfr. E. Boscolo, *Le politiche idriche*, cit., 89 ss. e 441 ss. Le acque interne possono qualificarsi (giuridicamente) *beni comuni* per ragioni di matrice ecologica (in proposito si veda la ricca ricostruzione in E. Boscolo, *ivi*, 290 ss. e le riflessioni di A. Ciervo, *I beni comuni*, cit., 159 ss.). Per i servizi idrici, benché l'acqua distribuita sia un bene certamente privato, le ragioni sono correlate al loro esser funzionali all'esercizio di diritti fondamentali. Proprio per questo, la ricostruzione scientifica deve guardare agli strumenti giuridici posti a garanzia e tutela della soddisfazione di questi diritti e non all'ipostatizzazione dei meriti di un modello gestionale o dell'altro.

¹⁶⁶ Considerazioni più ampie, in merito, in T. Prosser, *The regulatory enterprise. Government, regulation and legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

¹⁶⁷ Così, direttiva 2000/60/Ce, considerando 18.

¹⁶⁸ In proposito, un ampio svolgimento argomentativo in T. Prosser, *The limits of competition law*, cit., e A. Gambino, *Beni extra commercio*, Milano, Giuffrè, 2004. Riflette sul ruolo necessario dei pubblici poteri e delle tutele da essi apprestate per la soddisfazione del "diritto all'acqua" F. Cortese, *L'acqua pretesa*, in G. Santucci, A. Simonati, F. Cortese, *L'acqua e il diritto*, cit., 183 ss.

¹⁶⁹ L'Autorità per l'energia elettrica e il gas ha già adottato provvedimenti significativi. Ad esempio, la direttiva per la trasparenza dei sistemi di fatturazione (586/2012/R/idr), la disciplina del deposito cauzionale (delibera 86/2013/R/idr), l'avvio di un procedimento finalizzato all'introduzione di un meccanismo di compensazione della spesa sostenuta per la fornitura del servizio idrico dagli utenti domestici economicamente disagiati, il cd. bonus sociale idrico o bonus acqua (nell'ambito del quale è stato appena pubblicato un documento di consultazione pubblica 85/2013/R/idr).

tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni

moduli giusprivatistici¹⁷⁰, in alcuni casi, ha ampliato la protezione degli utenti dei servizi idrici e garantito il perseguimento di interessi ambientali e sociali¹⁷¹.

Al contempo, una regolazione autorevole ed incisiva è in grado di promuovere l'efficienza economica e la qualità delle *performances* delle società affidatarie, innescando meccanismi comparativi virtuosi.

Si può concludere, dunque, che per bilanciare equità sociale, esigenze ambientali ed efficienza economica, sia necessario superare il dibattito attorno alla natura soggettiva del gestore e dedicarsi, invece, alla discussione sul rafforzamento del sistema di regolazione, da cui dipende il miglioramento nella fornitura dei servizi idrici e la soddisfazione dei diritti fondamentali ad essi correlati¹⁷².

Abstract

The essay analyses the management and the regulation of water services in Italy. The author examines the judgements of the Corte costituzionale and the ways of providing water, making detailed references to the principles of European Union law. The author stresses hypostatizations, ideological theories, misinterpretations and discretionary legislative choices which typify the discussion on public/private dichotomy in the water industry sector. Furthermore, the author examines the management of water services, highlighting centripetal tendencies, under the aegis of the protection of competition and environment, and centrifugal countertrends of some Regions. In conclusion, the author shows that the debate on the ownership of water service providers is not, ex se, an effective guarantee of better performances nor of protection of fundamental rights that water supply satisfies. However, this debate – highly ideological – on gains and faults of public and private providers overshadows the crucial matter of the quality of the regulatory system and the supervision over supplier's activities, which condition, in practice, the outcomes of public and private providers.

¹⁷⁰ Sulle prospettive connesse all'applicazione del diritto dei consumatori nel settore dei servizi pubblici, si veda l'approfondita analisi di J. Amar, *De l'usager au consommateur de service public*, Aix-en-Provence/Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2001. Utili riferimenti anche in G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, Il Mulino, 2005, 145 ss.

¹⁷¹ Cfr., ad esempio, Tar Lazio, sez. II, n. 663/2012 e C. cost., n. 246/2009 che fondano la tutela accordata agli utenti sulla natura "privatistica" della tariffa, corrispettivo del servizio reso.

¹⁷² Ampie osservazioni in questo senso in M. Franzini, *L'acqua: non solo questioni di efficienza*, in A. Riccaboni (a cura di), *Acqua. Fra incidenza sociale ed efficienza gestionale*, Firenze, Il Ponte, 2003, 59 ss.

LINDA MICHELOTTI

DALLA PIRAMIDE ALLA RETE: IL CASO DELLE RETI DI SCUOLE

SOMMARIO: 1. Premessa: due buoni motivi per investire sulle “reti di scuole” ancora *in fieri*. – 2. Il passaggio dallo Stato-soggetto allo Stato-funzione e le sue ripercussioni sullo sviluppo dell’assetto organizzativo dell’amministrazione pubblica. – 3. L’emersione del concetto di “reti di scuole” e l’evoluzione della sua disciplina nella normativa statale. – 4. L’interesse dei legislatori regionali nei confronti delle “reti di scuole” tra riferimenti generici e contestualizzazioni organiche. – 5. I modelli di “reti di scuole” ricavabili dalla prassi. – 6. Considerazioni conclusive: una nuova direzione di sviluppo “in rete” per l’autonomia scolastica?

1. Premessa: due buoni motivi per investire sulle “reti di scuole” ancora *in fieri*

Sul finire degli anni Novanta del secolo scorso, con la c.d. legge Basanini, che introdusse nel nostro ordinamento il noto “federalismo amministrativo a Costituzione invariata”, si raggiungeva la seconda tappa di un percorso (iniziato con i Decreti delegati del 1974¹) volto ad attribuire alle istituzioni scolastiche significativi spazi di autonomia di azione. Come è stato chiaramente precisato: «questo percorso lungo e travagliato, durato diversi decenni, v[oleva] segnare il passaggio della scuola italiana da un impianto caratterizzato dal monopolio dello Stato a un assetto policentrico e poliarchico, in cui diversi soggetti contribuiscono alla realizzazione del Servizio nazionale di istruzione – dallo Stato alle Regioni, dagli Enti locali alle

¹ Il riferimento è ai decreti delegati emanati con d.P.R. 31 maggio 1974, n. 416, *Istituzione e riordinamento di organi collegiali della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica*; n. 417, *Norme sullo stato giuridico del personale docente, direttivo ed ispettivo della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica dello Stato*; n. 418, *Corresponsione di un compenso per lavoro straordinario al personale ispettivo e direttivo della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica*; n. 419, *Sperimentazione e ricerca educativa, aggiornamento culturale e professionale ed istituzione dei relativi istituti*; n. 420, *Norme sullo stato giuridico del personale non insegnante statale delle scuole materne, elementari, secondarie ed artistiche*.

istituzioni scolastiche statali e paritarie, singolarmente o in rete² – in attuazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione, autonomia e funzionalità³. In particolare, il processo autonomistico nel settore scolastico con la previsione, ad opera dell'art. 7 del Regolamento sull'autonomia delle istituzioni scolastiche, dell'istituto delle "reti di scuole" offriva lo strumento per rendere sia più flessibile l'organizzazione della scuola e più rispondente ai propri obiettivi educativi, sia più aperta e più integrata con il territorio.

Peraltro – successivamente alla revisione del Titolo V della Parte II della Costituzione, vista dalla dottrina come un «[...] opportuno processo di "stabilizzazione costituzionale" [...]»⁴ del cammino riformatore intrapreso dalla "legge Bassanini" – in occasione di un seminario internazionale di approfondimento sull'autonomia scolastica, un docente – quindi senza dubbio un interlocutore privilegiato in quanto egli stesso un addetto ai lavori – affermò lapidariamente che «le stesse reti di scuole che [...] avrebbero dovuto dotare di peso specifico l'autonomia, non [avevano] avuto il rilievo che potevano avere [...]»⁵.

Cionondimeno, ad ormai tredici anni dall'entrata in vigore del Regolamento sull'autonomia delle istituzioni scolastiche, nella XVI Legislatura si riscontra un rinnovato interesse per le reti di scuole che si è tradotto sia, *de iure condito*, nell'art. 50, d.l. n. 5/2012, c.d. "decreto semplificazioni", con-

² Per un'approfondita analisi della trasformazione del sistema giuridico dal tradizionale modello piramidale al nuovo e più complesso modello reticolare, si v. il saggio di F. Ost, M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?*, in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2000, n. 44, 1 ss.

³ Si v. G. Trainito, *La normativa sull'autonomia scolastica*, in Fondazione per la Scuola della Compagnia di San Paolo, Associazione TreeLLE, *L'autonomia organizzativa e finanziaria della scuola*, Seminario n. 4 aprile 2005, Genova, Tipografia Araldica, 2005, 46 s.

⁴ Così F. Pizzetti, *Il cambiamento costituzionale in Italia tra governance e governabilità democratica dei sistemi complessi*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2001, 27.

⁵ Così P. Ferratini, *L'autonomia organizzativa della didattica*, in Fondazione per la Scuola della Compagnia di San Paolo, Associazione TreeLLE, *L'autonomia organizzativa e finanziaria della scuola*, cit., 76, nel Suo intervento al seminario internazionale di approfondimento sull'autonomia scolastica organizzato nel 2005 dall'Associazione TreeLLE e dalla Fondazione per la Scuola della Compagnia di San Paolo al fine di tentare di dipanare i "nodi" che ostacolavano l'effettivo "decollo" di tale autonomia. Peraltro, recentemente, il medesimo avvertimento è stato espresso anche da autorevole dottrina: «[...] occorre operare nel segno dell'autonomia scolastica. Un'autonomia, peraltro, nel sistema e per il sistema di istruzione, non con finalità atomizzanti [...] valorizzando istituti che già esistono e non sono stati adeguatamente coltivati in passato, come, ad esempio, le reti di scuole, che potrebbero condurre a gestioni economiche più virtuose e, al contempo, ad un livello del servizio più elevato». In questo senso A. Sandulli, *Contro il mercato dell'istruzione scolastica*, in *www.costituzionalismo.it*, 2009, n. 1, 9 s.

vertito con modificazioni dalla l. n. 35/2012, contenente misure volte ad una complessiva riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, sia, *de iure condendo*, nell'art. 10 del d.d.l. Aprea, sull'autogoverno delle istituzioni scolastiche. Entrambe le disposizioni appena segnalate sono accomunate dal rappresentare una "nuova spinta" a sostegno dell'attivazione di reti di scuole: nello specifico, ai sensi della prima, l'obiettivo da realizzare è la costituzione di reti territoriali tra istituzioni scolastiche al fine di conseguire la gestione ottimale delle risorse umane, strumentali e finanziarie, mentre la seconda prevede che ciascuna istituzione scolastica autonoma possa promuovere o partecipare alla costituzione di reti di scuole che si formano per esercitare un migliore coordinamento delle scuole stesse.

Inoltre, non bisogna dimenticare che la riorganizzazione del nostro sistema di istruzione è influenzata, come è stato autorevolmente sostenuto, non soltanto da una «spinta "interna"», ma anche da una «spinta "esterna"» derivante dall'Unione europea⁶. Su quest'ultimo versante, è significativo un passaggio della Relazione congiunta 2012 del Consiglio e della Commissione sull'attuazione del quadro strategico per la cooperazione europea in materia di istruzione e formazione («IF 2020»). Proprio il quarto obiettivo di questo documento, indicato come strategico per il periodo 2012-2014, esorta gli Stati membri a «elaborare forme efficaci e innovative di collegamento in rete, di cooperazione e di *partnership* tra gli organismi di insegnamento e di formazione e una vasta gamma di parti interessate, comprese le parti sociali, le organizzazioni professionali, gli istituti di ricerca e le organizzazioni della società civile» e, nello specifico, a sostenere le reti di scuole allo scopo di sviluppare nuovi metodi di apprendimento⁷.

⁶ Le due espressioni sono mutuare da A. Poggi, *Istruzione, formazione e servizi alla persona tra Regioni e comunità nazionale*, Torino, Giappichelli, 2007, la quale, peraltro, le utilizza, rispettivamente alle pag. 23 e 26, con specifico riferimento al rapporto intercorrente tra l'istruzione e la formazione professionale. Sulla dimensione europea dell'istruzione, si v.: M. Cocconi, *Il ruolo della politica comunitaria nel settore dell'istruzione e della formazione professionale nella costruzione della dimensione sociale dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2003, 1411 ss.; M. Cocconi, *L'istruzione e la formazione professionale tra coordinamento comunitario e funzioni nazionali*. Relazione al Convegno sul tema: "Autonomia dell'istruzione ed autonomia regionale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione", Università degli Studi di Trento, 14 novembre 2003, in *Ist. fed.*, 2004, 285 ss.; *amplius* M. Cocconi, *Il diritto europeo dell'istruzione. Oltre l'integrazione dei mercati*, Milano, Giuffrè, 2006.

⁷ Si v. Consiglio – Commissione Europea, *Relazione congiunta 2012 del Consiglio e della Commissione sull'attuazione del quadro strategico per la cooperazione europea in materia di istruzione e formazione («IF 2020»)*. «Istruzione e formazione in un'Europa intelligente, sostenibile e inclusiva», in GUUE, C 70 dell'8 marzo 2012, 18. Per alcuni spunti di riflessione sul tema delle reti come

Pertanto, alla luce di queste nuove “spinte” (ravvisabili sia all’interno del nostro ordinamento sia a livello europeo) verso la costituzione di reti di scuole, occorre chiedersi quale significato abbia assunto la rete rispetto allo sviluppo dell’autonomia scolastica ed, in particolare, si manifesta l’esigenza di indagare se oggi l’organizzazione reticolare tra scuole si ponga in termini diversi rispetto alla logica di “sistema” sottesa al Regolamento sull’autonomia delle istituzioni scolastiche che aveva previsto la facoltà per ciascuna istituzione scolastica di “attivare” reti di scuole.

Al fine di tentare di fornire una risposta a tali interrogativi, la ricerca che si intende condurre prenderà specificamente in esame l’istituto delle “reti di scuole” analizzandolo dapprima in prospettiva diacronica da due diversi, ma complementari, punti di vista: per un verso, come si inserisce l’eventuale costituzione di “reti di scuole” nel contesto della riforma che ha interessato la Pubblica Amministrazione del nostro Paese nel passaggio dal *government* alla *governance*, sostituendo al precedente modello *top-down* un nuovo modello *bottom-up*; per altro verso, verificare quale sia stata l’evoluzione della normativa statale in tema di “reti di scuole” e, d’altro canto, se ci siano lacune della legislazione regionale che richiederebbero di essere colmate. Infine, ci si porrà in prospettiva sincronica: sia per ragionare intorno alle possibili implicazioni della complessiva riforma di semplificazione amministrativa – attualmente in atto nel nostro ordinamento – sulle modalità di esercizio in rete dell’autonomia funzionale delle scuole e per vagliare se le modalità di esercizio in forma associata di tale autonomia presentino delle analogie con la direzione recentemente delineata dal legislatore statale per lo sviluppo dell’autonomia territoriale dei Comuni; sia per cercare di individuare, in ultima analisi, quale potrebbe essere a livello teorico il modello di rete tra istituzioni scolastiche più adeguato a gestire in rapporto biunivoco la complessità del contesto territoriale di riferimento.

2. Il passaggio dallo Stato-soggetto allo Stato-funzione e le sue ripercussioni sullo sviluppo dell’assetto organizzativo dell’amministrazione pubblica

È unanimemente riconosciuto che l’organizzazione amministrativa dello Stato oggi non sia più raffigurabile «[...] come una sorta di piramide,

strumento per lo sviluppo della dimensione europea dell’educazione, si v. C. Federico, *Le reti di scuole nel dibattito interno all’Europa dell’Istruzione*, in http://archivio.pubblica.istruzione.it/buongiorno_europa/allegati/seminari_nazionali/federico.pdf, 8 s.

dalla piramide alla rete

[ma] come una rete di poteri»⁸. In particolare, il termine “rete” viene utilizzato per indicare una figura organizzativa i cui “nodi” sono uffici pubblici appartenenti ad entità o apparati diversi e la cui “trama” è costituita da un rapporto di collaborazione o interdipendenza. Per questi suoi tratti distintivi la “rete” si contrappone alla figura organizzativa della “piramide” composta da uffici pubblici appartenenti ad un ordinamento statale unitario, gerarchico e chiuso⁹.

In altre parole, l'originario modello piramidale – che configurava il potere pubblico «[...] ordinato come un corpo unitario, egualmente diffuso al centro e in periferia (ma in funzione dei bisogni del centro), distribuito per settori corrispondenti a materie o a gruppi di materie»¹⁰ – ben esprimeva il tradizionale modello amministrativo francese di derivazione napoleonica, caratterizzato da un elevato livello di accentramento e di uniformità. Tuttavia, dalla metà del secolo scorso questo modello entrò in crisi sia perché aumentarono da un punto di vista quantitativo, sia mutarono da un punto di vista qualitativo, i compiti che la pubblica amministrazione era chiamata ad assolvere. In particolare, le nuove attività di servizio pubblico andavano esercitate nei confronti della collettività¹¹ e non più in funzione del centro. In seguito a tale cambiamento lo Stato divenne «multiorganizzativo»¹², perché oltre alle vecchie tipologie organizzative (quali quelle dei ministeri della difesa o delle finanze) si sviluppò il modello del servizio nazionale con un'organizzazione diffusa e policentrica, caratterizzata da un assetto reticolare con più vertici politici e tante periferie che sono aumentate non in relazione alle esigenze del governo centrale, ma in funzione di quelle della collettività¹³. Ossia il potere pubblico si è trasformato in un corpo

⁸ Così S. Cassese, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 375. Infatti, come efficacemente messo in luce da S. Cassese, *Gli Stati nella rete internazionale dei poteri pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, 328, nel nuovo assetto reticolare dei poteri pubblici «[...] alla moltiplicazione dei poteri pubblici non ha fatto riscontro una loro gerarchizzazione, per cui ruoli, compiti e posizioni sono solo parzialmente definiti; non vi sono chiare linee di confine per aree o materie, ma interdipendenza strutturale e funzionale; le procedure non sono sequenze articolate lungo chiare linee di autorità, ma azioni svolte a supporto reciproco». Sul punto si v. anche S. Cassese, *Per i burocrati la sfida dell'amministrazione a rete*, in *Ragiusan*, 2003, n. 227-228, 512 s.

⁹ Cfr. S. Cassese, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in A. Predieri, M. Morisi, *L'Europa delle reti*, Torino, Giappichelli, 2001, 43 s.

¹⁰ Si v. S. Cassese, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, cit., 376.

¹¹ Sul punto si rimanda a S. Cassese, *Servizi pubblici a rete e governo del territorio*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, n. 11, 1075 ss.

¹² L'espressione è di S. Cassese, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, cit., 378.

¹³ Cfr. S. Cassese, *ivi*, 380. Per un'analisi più dettagliata dei fattori che hanno compor-

composito in cui sono prevalenti le relazioni di interdipendenza tra i vari enti rispetto a quelle gerarchiche.

Proprio il servizio scolastico costituisce un'efficace esemplificazione di quest'ultimo modello organizzativo reticolare¹⁴. Infatti, la riforma che ha interessato la scuola, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, ha determinato il passaggio da un apparato amministrativo accentrato e burocratico, paragonabile ad un «[...] diplodoco, grande rettile preistorico, lentissimo nei movimenti, simbolo dell'ipertrofia e dell'incapacità di rinnovamento del sistema scolastico [...]»¹⁵, ad un assetto di tipo policentrico ed a struttura reticolare, diffuso sul territorio, in cui gli istituti scolastici sono responsabili dell'erogazione dell'istruzione. Quindi, la scuola non è più concepita come un servizio statale, ma come un servizio collettivo pubblico o nazionale che affida al centro un'attività di garanzia di *standards* essenziali, piuttosto che di gestione amministrativa¹⁶.

tato la crisi del vecchio modello di amministrazione statale, si v. M. Cammelli, *La pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2004, 73 ss. Per una ricostruzione delle fasi dello sviluppo dell'amministrazione italiana, si rimanda a S. Sepe, L. Mazzone, I. Portelli, G. Vetrillo, *Lineamenti di storia dell'amministrazione italiana (1861-2002)*, Roma, Carocci, 2003, i quali, peraltro, non mancano di avvertire (a 208) che «[...] la "rete" della modernità è ancora tutta da costruire e che gli ostacoli da superare in questo sforzo sono ben maggiori della metaforica "sabbia tra gli ingranaggi" dell'orologio dell'età del fordismo». Per una panoramica sulle trasformazioni che hanno interessato il diritto amministrativo, si v. L. Ortega, *L'evoluzione delle basi costituzionali del diritto amministrativo*, in M. D'Alberti (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2010, 143 ss.

¹⁴ Cfr. S. Cassese, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, cit., 376 ss.

¹⁵ Così A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, Il Mulino, 2003, 9.

¹⁶ Cfr. S. Cassese, *La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, in *Il Foro Italiano*, 1991, n. 4, V, 215 s. Le ripercussioni del processo di riforma dell'organizzazione amministrativa sull'assetto del sistema scolastico hanno comportato, anche in questo settore, il passaggio da una struttura gerarchica-piramidale ad un'organizzazione poliarchica-reticolare. Cfr. A. Pajno, G. Chiosso, G. Bertagna, *L'autonomia delle scuole. Motivazioni, problemi, prospettive*, Brescia, Editrice La Scuola, 1997, 247 ss., i quali rilevano che «difficilmente [...] si potrà cominciare ad avviarsi nella direzione che serve se non si sostituisce al più presto il sistema di istruzione organizzato a base centralistica e a quasi monopolio statale con una rete di scuole pubbliche, statali e non statali, fondate sull'autonomia: educativa, culturale e scientifica (di ricerca e sviluppo), organizzativa, didattica». In argomento, si rimanda altresì a: Aa.Vv., *Istruzione e formazione dopo la modifica del titolo V della Costituzione*, Astrid, marzo 2003, in www.astrid-online.it/il-sistema/Studi-e-ri/ASTRID-Istruzione-e-formazione-dopo-.pdf, 13 ss.; F. Butera (a cura di), *Il libro verde della pubblica istruzione*, Milano, FrancoAngeli, 1999, 61 ss.; S. Cassese, «Plaidoyer per un'autentica autonomia delle scuole», in *Foro it.*, 1990, n. 3, V, 147 ss.; amplius C. Marzuoli (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2003; C. Marzuoli, *Istruzione: libertà e servizio pubblico*, *ivi*, 11 ss.; amplius A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit., 13 ss.; A. Sandulli, *Istruzione*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pub-*

Appunto, con la c.d. riforma Bassanini l'amministrazione scolastica ha intrapreso la strada del «pluralismo esterno»¹⁷ sia, in applicazione del principio di sussidiarietà verticale, attraverso il decentramento delle funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni ed agli Enti locali, sia, in applicazione del principio di sussidiarietà orizzontale, mediante il conferimento di funzioni alle singole istituzioni scolastiche che le esercitano in regime di autonomia funzionale¹⁸ comportando la differenziazione del servizio di istruzione.

blico, Milano, Giuffrè, 2006, 3311 ss. Peraltro, merita sottolineare che l'istanza autonomistica, che riceverà pieno riconoscimento (come si vedrà, *infra*, nel par. 3) soltanto con l'art. 21 della c.d. legge Bassanini, è rinvenibile sin dalla nascita del sistema scolastico italiano. Per approfondimenti su questo tema, si rinvia a F. Pruneri (a cura di), *Il cerchio e l'ellisse. Centralismo e autonomia nella storia della scuola dal XIX al XXI secolo*, Roma, Carocci, 2005, 14, il quale, al fine di illustrare la dialettica tra centro e periferia nell'ambito della politica scolastica liberale, utilizza la seguente metafora: «mentre la circonferenza si traccia con un compasso, simbolo dell'esattezza, della perfezione, ma anche emblema [...] del freno e della restrizione, il segno dell'ellisse appare [...] più dinamico. Per questo tale immagine si presta bene a descrivere la dialettica tra centro e periferia, tra globale e locale [...]».

¹⁷ Si v. S. Troilo, *Gli strumenti del partenariato nel settore scolastico*, in *Riv. giur.*, 2000, 592.

¹⁸ Considerando che «la continua evoluzione del sapere scientifico e delle sue applicazioni tecnologiche impone [...] la strada "dell'attribuzione di alcune scelte amministrative direttamente a "corpi" dotati della necessaria competenza, scientifica e tecnica insieme"». In questo senso si v. A. Poggi, *Le autonomie funzionali «tra» sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, Giuffrè, 2001, 72. In generale, sulle autonomie funzionali, intese come collettività settoriali che in regime di autoamministrazione governano interessi generali, si v. diffusamente: F. Pizzetti, *Autonomie funzionali e riforme istituzionali*, in *Impresa e Stato*, 1996, 33 ss.; A. Poggi, *La revisione costituzionale delle autonomie funzionali e territoriali*, in *Impresa e Stato*, 2001, 25 ss.; A. Poggi, *Le autonomie funzionali «tra» sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, cit.; C.E. Gallo, A. Poggi (a cura di), *Le autonomie funzionali. Il dibattito sulla governance in Europa e le riforme costituzionali in Italia*, Milano, Giuffrè, 2002; A. Poggi, *Autonomie funzionali*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 578 ss.; A. Poggi, *Autonomie funzionali e sussidiarietà orizzontale*, in *Giur. it.*, 2011, 1473 ss.

In particolare, sull'autonomia funzionale delle istituzioni scolastiche, si v.: A. Poggi, *Autonomia e multiculturalismo*, in *Quad. dir. pol. ecl.*, 2000, 170 ss.; A. Poggi, *Istruzione, formazione professionale e Titolo V: alla ricerca di un (indispensabile) equilibrio tra cittadinanza sociale, decentramento regionale e autonomia funzionale delle Istituzioni scolastiche*, in *Reg*, 2002, 771 ss.; A. Poggi, *L'autonomia scolastica nel sistema delle autonomie regionali*, in *Ist. fed.*, 2004, 229 ss.; A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit., 169 ss.; M. Cocconi, *L'autonomia funzionale delle scuole fra riforma costituzionale, riordino del sistema educativo e integrazione europea*, in D. Borgonovo Re, F. Cortese (a cura di), *Un diritto per la scuola*. Atti del Convegno "Questioni giuridiche ed organizzative per la riforma della scuola", Giornata di Studio in onore di Umberto Pototschnig (Trento, 14 maggio 2003), Quaderno n. 42 del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università degli Studi di Trento, 2004, 187 ss.; M. Renna, *L'autonomia incompiuta delle istituzioni scolastiche*, in *Ist. fed.*, 2005, 353 ss.

Come è stato messo in luce «[...] le autonomie funzionali costituiscono [...] l'esito di quello che viene definito il passaggio dallo *Stato-soggetto* allo *Stato-funzione*. L'esito, cioè, dell'esplosione del policentrismo delle funzioni e, dunque, dei poteri»¹⁹. Lungo questa direttrice, la dilatazione del decentramento amministrativo prospettata dall'art. 5 Cost. vedrebbe coesistere le autonomie funzionali accanto alle autonomie territoriali; detto in altri termini, con riferimento al dibattito sul tipo di "federalismo" da introdurre nel nostro ordinamento, sarebbe necessario sviluppare insieme un "federalismo funzionale"²⁰ ed un "federalismo istituzionale"²¹.

Perciò è «[...] necessario considerare la scuola all'interno di un sistema integrato di soggetti in relazione fra loro. Questo comporta che ognuno di essi debba subire delle trasformazioni, tenendo conto delle conseguenze sull'intero sistema; tale integrazione, viste le numerose connessioni della formazione con altri settori della società (cultura, lavoro, servizi, etc.) dovrà essere necessariamente intersistemica²². Nel momento in cui si ridefiniscono le competenze fra Stato, Regione, Enti locali e scuole autonome bisognerebbe parlare non di competenze "sulla scuola" ma di competenze "per la scuola". Nel primo caso, si tende a ragionare per esclusione, in termini di "controparte" o di conflittualità; nel secondo caso, si ragiona invece in termini di progettualità comune, anche se con ruoli differenziati, per realizzare

¹⁹ In questo senso A. Poggi, *Le autonomie funzionali «tra» sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, cit., 63.

²⁰ A. Poggi, *ivi*, 64 sostiene che con tale espressione si intende un federalismo «[...] capace cioè di operare nella società civile, sviluppando autonomie plurime e diverse, attraverso gli enti che lo articolano istituzionalmente e organizzativamente (come Banche di emissione, Università, Camere di commercio, Agenzie ecc.), ma anche attraverso comunità particolarmente significative dal punto di vista sociale quali: Chiese, istituzioni morali, associazioni educative e formative, società *non-profit*, interi gruppi economico-sociali non rappresentati».

²¹ Cfr. A. Poggi, *ivi*, 63 ss.

²² Costituiva un'emblematica esemplificazione di questo processo l'art. 88 del d.lg. 30 luglio 1999, n. 300 "Riforma dell'organizzazione del Governo, a norma dell'art. 11 della l. 15 marzo 1997, n. 59" che prevedeva l'istituzione di un'Agenzia per la formazione e l'istruzione professionale, peraltro mai concretizzatasi, alla quale si sarebbero dovuti trasferire i compiti esercitati dai Ministeri del Lavoro e previdenza sociale e della Pubblica istruzione in materia di sistema integrato di istruzione e formazione professionale e la cui attività sarebbe stata approvata dalle competenti autorità statali d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni. Proprio tale peculiare profilo operativo ha permesso alla dottrina di parlare di «un frammento del centro messo in "rete"», dal momento che «[...] il suo ruolo si evidenzia[va] in termini soprattutto relazionali, di connessione funzionale dei diversi apparati, centrali e periferici, operanti nel settore». Si v. *amplius* G. Sciuolo, *Alla ricerca del centro. Le trasformazioni in atto nell'amministrazione statale italiana*, Bologna, Il Mulino, 2000, 83 e 89.

dalla piramide alla rete

un progetto educativo di cui sono e restano titolari le singole scuole. La scuola va così collocata al centro di una rete di soggetti che mettono in atto una relazione di cooperazione con obiettivi sociali, in vista di un bene comune, che può essere meglio garantito attribuendo compiti e poteri ai diversi livelli secondo i principi di differenziazione, adeguatezza e sussidiarietà»²³.

A ciò si aggiunga che, nell'ambito della struttura reticolare dell'amministrazione pubblica, il legislatore statale a sua volta, con l'art. 15, l. 7 agosto 1990, n. 241 sul procedimento amministrativo, ha previsto la possibilità di costituire ulteriori ed innumerevoli "reti all'interno della rete", disciplinando forme di collaborazione "orizzontali" tra P.A. per lo svolgimento di attività di interesse comune da attuarsi con strumenti giuridici di natura consensuale. Questa disposizione a fattispecie aperta che lascia libere le P.A. di determinare discrezionalmente sia l'*an* sia il *quomodo* della collaborazione, ovviamente con il limite del perseguimento dell'interesse pubblico, ha costituito uno stimolo per la previsione legislativa di altre disposizioni più specifiche sugli accordi tra P.A.²⁴. Pertanto, è in questo scenario che si colloca la presente indagine sulle reti di scuole, giacché, come noto, ai sensi dell'elenco di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado sono considerati amministrazioni pubbliche.

Da qui è inevitabile ricostruire il concetto reticolare dell'autonomia scolastica secondo una duplice prospettiva di analisi: da un lato, come si pone la scuola nel contesto della complessiva «organizzazione in rete»²⁵ dell'amministrazione pubblica (i.e. nella gestione della *governance*)²⁶; dall'altro

²³ Si v. Associazione TreeLLLe, *Per una scuola autonoma e responsabile. Analisi, confronti e proposte*, Quaderno n. 5 giugno 2006, Genova, Tipografia Araldica, 2006, 69 s. Per approfondire l'analisi della sussidiarietà nel settore dell'istruzione, si rimanda a C. Marzuoli, *Istruzione e "Stato sussidiario"*, in *Diritto pubblico*, 2002, 117 ss. Per un attento esame del modello sussidiario e differenziato del sistema nazionale di istruzione, si rinvia a A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit., 126 ss.; in argomento si v. anche M. Renna, *Le disuguaglianze sostenibili nel sistema scolastico*, in F. Astone, M. Caldarella, F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, Torino, Giappichelli, 2006, 89 ss.

²⁴ Cfr. A. De Michele, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, Giappichelli, 2011, 704 ss.

²⁵ Così D. Previtali, *La scuola con valore sociale. Sussidiarietà e rendicontazione sociale nelle scuole dell'autonomia e delle indicazioni per il curriculum*, Napoli, Tecnodid Editrice, 2007, 52.

²⁶ In generale, sull'organizzazione reticolare della *governance*, si v., ad esempio: S. Casese, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, cit., 43 ss.; A. Lippi, *Il policy making europeo come "rete"*, in A. Predieri, M. Morisi, *L'Europa delle reti*, cit., 1 ss.; L. Bobbio, M. Mo-

lato, in che modo la scuola può sperimentare la rete come modalità di azione nell'ambito della «rete di organizzazioni»²⁷ (i.e. stipulando accordi con organizzazioni autonome)²⁸.

3. L'emersione del concetto di “rete di scuole” e l'evoluzione della sua disciplina nella normativa statale

Non a caso, la normativa della metà degli anni Settanta, volta all'istituzione degli organi collegiali delle istituzioni scolastiche «al fine di realizzare [...] la partecipazione della gestione della scuola [...]»²⁹, concepisce la scuola non come “una comunità autoreferenziale”, ma significativamente come una “comunità aperta” «[...] dando ad essa il carattere di una comunità che interagisce con la più vasta comunità sociale e civica [...]»³⁰.

Proprio per rendere efficace l'interazione degli istituti scolastici con il “territorio”, tale disegno politico istituzionale presupponeva che i medesimi venissero dotati di autonomia nell'esercizio delle loro funzioni. Questo progetto giungerà a compimento soltanto negli anni Novanta.

Dapprima, con l'adozione della l. 24 dicembre 1993, n. 537, il cui art. 4, c. 1, – attribuendo la personalità giuridica alle scuole di ogni ordine e grado – segna una profonda discontinuità rispetto alla situazione precedente, perché «[...] la scuola finisce di essere intesa come “parte di un ente”: o parte dello Stato (la scuola statale) o parte degli enti territoriali (le scuole comunali o provinciali e regionali per l'istruzione professionale)»³¹.

risi, *Governo di reti a mezzo di reti? Rappresentanza e politiche pubbliche nell'Unione europea*, *ivi*, 425 ss.; A. Piraino, *Il territorio ed il modello di governo “a rete”. Linee per una riforma delle istituzioni locali*, 29 febbraio 2012, in *www.federalismi.it*, 2012, n. 5, 3 s.; G. Tripoli, *La democrazia locale e la rete: l'esperienza delle Camere di Commercio*, 7 ottobre 2004, in *www.federalismi.it*, 2004, n. 19, 5 s.; L. Violini, *Università e Regioni: quale autonomia? Quali reti per lo sviluppo dei territori?*, in *Reg.*, 2011, 3 ss.

²⁷ L'espressione è di D. Previtali, *La scuola con valore sociale. Sussidiarietà e rendicontazione sociale nelle scuole dell'autonomia e delle indicazioni per il curriculum*, cit., 52.

²⁸ Cfr. D. Previtali, *ibidem*.

²⁹ Si v. l'art. 1, d.P.R. 31 maggio 1974, n. 416 “Istituzione e riordinamento di organi collegiali della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica”.

³⁰ Si v. l'art. 1, d.P.R. 416/1974, ora confluito nell'art. 3 (rubricato appunto “Comunità scolastica”) del “Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di istruzione” di cui al d.lg. 16 aprile 1994, n. 297.

³¹ Così A. Poggi, *Le autonomie funzionali «tra» sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, cit., 209.

dalla piramide alla rete

Successivamente, il passaggio consequenziale all'acquisto della personalità giuridica è rappresentato dall'art. 21, l. 15 marzo 1997, n. 59, che sancisce la fine di uno *status* di "minorità" delle istituzioni scolastiche, conferendo loro autonomia organizzativa³², didattica³³, di ricerca, sperimentazione e sviluppo³⁴, nonché finanziaria³⁵ nell'esercizio delle «[...] funzioni dell'amministrazione centrale e periferica della pubblica istruzione in materia di gestione del servizio di istruzione [che progressivamente saranno trasferite agli istituti scolastici³⁶], fermi restando i livelli unitari e nazionali di fruizione del diritto allo studio nonché gli elementi comuni all'intero sistema scolastico pubblico in materia di gestione e programmazione definiti dallo Stato [...]»³⁷.

Nell'ambito degli interventi correttivi di finanza pubblica, la delega al Governo conferita dall'art. 4, c. 6, della sopra citata l. n. 537/1993, sebbene lasciata scadere, costituisce il primo rilevante "tassello" ai fini della ricognizione delle disposizioni normative in materia di reti di scuole. Infatti, con questa legge di delega il Parlamento indica due rilevanti principi e criteri direttivi che il Governo avrebbe dovuto attuare. Il primo obiettivo da conseguire, fissato dall'art. 4, c. 7, lett. c), è la determinazione delle «modalità di attuazione della collaborazione tra istituzioni scolastiche e tra queste e altri enti o associazioni»: quindi, la disciplina per la formazione sia di reti di scuole "chiuse" (ossia composte da sole istituzioni scolastiche), sia di reti di scuole "aperte" (vale a dire costituite da istituzioni scolastiche e da soggetti esterni al mondo della scuola). Il secondo obiettivo da conseguire, fissato dall'art. 4, c. 7, lett. e), è la specificazione delle «modalità per la definizione

³² Si v. il dettato dell'art. 21, c. 8, l. 59/1997 "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". In argomento, si v. A. Petrolino, *L'autonomia organizzativa dei servizi*, in Fondazione per la Scuola della Compagnia di San Paolo, Associazione TreeLLE, *L'autonomia organizzativa e finanziaria della scuola*, cit., 69 ss.

³³ Si v. il dettato dell'art. 21, c. 9, l. 59/1997. Sul punto, si v.: A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit., 189 ss.; P. Ferratini, *L'autonomia organizzativa della didattica*, in Fondazione per la Scuola della Compagnia di San Paolo, Associazione TreeLLE, *L'autonomia organizzativa e finanziaria della scuola*, cit., 76 ss.

³⁴ Si v. il dettato dell'art. 21, c. 10, l. 59/1997.

³⁵ Si v. il dettato dell'art. 21, c. 5 e 6, l. 59/1997. Sulla tematica in oggetto, si v.: V. Campione, *L'autonomia finanziaria*, in Fondazione per la Scuola della Compagnia di San Paolo, Associazione TreeLLE, *L'autonomia organizzativa e finanziaria della scuola*, cit., 62 ss.; M. Renna, *L'autonomia incompiuta delle istituzioni scolastiche*, cit., 379 ss.

³⁶ Sul punto, si rimanda *amplius* ad A. Poggi, *Le autonomie funzionali «tra» sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, cit., 210 ss.

³⁷ Così ai sensi dell'art. 21, c. 1, l. 59/1997.

di organici di istituto, anche in relazione all'impiego del personale su reti di scuole, che consentano di rispondere alle esigenze dei progetti educativi, sulla base di criteri indicati dal Ministro della pubblica istruzione, di concerto con i Ministri del tesoro e per la funzione pubblica, e sulla base di piani provinciali predisposti dai provveditori agli studi»: ossia la disciplina per l'attivazione di reti di scuole "chiuse" volte al conseguimento di una gestione efficiente delle risorse umane.

In seguito, la XIII Legislatura rappresenta un periodo fecondo per l'implementazione dell'autonomia funzionale delle istituzioni scolastiche declinata nell'accezione "reticolare" in rapporto biunivoco con il proprio "territorio" di riferimento.

Infatti, prima, la l. 18 dicembre 1997, n. 440³⁸, significativamente, nella ripartizione delle risorse finanziarie per i progetti integrati che richiedono il coinvolgimento degli Enti Locali, sancisce la priorità dei «progetti conseguenti ad accordi nei quali gli Enti locali abbiano dato la concreta disponibilità ad assolvere agli obblighi loro spettanti per legge, ovvero a quelli deliberati da reti di scuole»³⁹.

Poi, in attuazione dell'art. 21 della Legge Bassanini I, vengono adottati tre provvedimenti normativi che, sotto diversi e complementari profili, dimostrano di porsi nella medesima prospettiva di riforma considerando l'istituzione scolastica non soltanto *uti singula*, ma anche "in rete".

In primis, il Regolamento 18 giugno 1998, n. 233, definisce i parametri utili al conseguimento del dimensionamento ottimale delle istituzioni scolastiche, finalizzato a garantire alle stesse un'adeguata capacità di interazione con gli Enti locali, le associazioni sociali e le istituzioni operanti nel proprio bacino territoriale di riferimento, allo scopo di organizzare al meglio l'offerta formativa in rapporto alla domanda di istruzione. Per il perseguimento di tale obiettivo si prevede che sia singole istituzioni scolastiche sia reti di scuole possano avanzare richieste od elaborare progetti formativi in base ai quali saranno attribuite alle stesse le risorse umane necessarie allo svolgimento di svariate attività (tra queste, attività didattiche sperimentali oppure finalizzate al recupero della dispersione scolastica, l'adattamento dei percorsi formativi alla personalizzazione dei processi di apprendimento od

³⁸ Che, a decorrere dall'esercizio finanziario 1997, istituisce nello stato di previsione del Ministero della pubblica istruzione un "Fondo per l'arricchimento e l'ampliamento dell'offerta formativa e per gli interventi perequativi" destinato, tra l'altro, alla piena realizzazione dell'autonomia scolastica.

³⁹ Cfr. gli artt. 1 e 3, l. 440/1997 "Istituzione del Fondo per l'arricchimento e l'ampliamento dell'offerta formativa e per gli interventi perequativi".

dalla piramide alla rete

alle caratteristiche del mercato del lavoro e dell'economia regionale o locale⁴⁰).

In secondo luogo, il d.lgs. 30 giugno 1999, n. 233, riordina gli organi collegiali della scuola⁴¹ a livello nazionale e territoriale, prevedendo l'istituzione di Consigli scolastici locali (in sostituzione dei già esistenti Consigli scolastici distrettuali e provinciali) in corrispondenza delle articolazioni territoriali dell'amministrazione periferica, previa intesa con le Regioni e gli Enti locali. Anche se la costituzione e l'insediamento di tali organi non sono ancora avvenuti⁴², va segnalato che essi saranno titolari di competenze pro-

⁴⁰ Ed ancora: «e) azioni di supporto sociopsicopedagogico, organizzativo e gestionale, di ricerca educativa e scientifica di orientamento scolastico e professionale e di valutazione dei processi formativi, tenuto conto anche dell'eventuale articolazione della funzione docente sulla base di particolari profili di specializzazione; f) esigenze specifiche delle istituzioni che operano in zone a rischio di devianza giovanile e criminalità minorile, ovvero nelle comunità montane e nelle piccole isole; g) prevedibili necessità di copertura dei posti di insegnamento vacanti e di sostituzione degli insegnanti assenti per periodi di durata inferiore all'intero anno scolastico». Si v. l'art. 5, c. 2, d.P.R. 233/1998 "Regolamento recante norme per il dimensionamento ottimale delle istituzioni scolastiche e per la determinazione degli organici funzionali dei singoli istituti, a norma dell'art. 21 della l. 15 marzo 1997, n. 59".

⁴¹ Sugli organi collegiali della scuola, si v.: A. Sandulli, *Il sistema nazionale di istruzione*, cit., 204 ss.; C. Marzuoli, *L'istituto scolastico autonomo*, in C. Marzuoli (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, cit., 97 ss.; G. Trainito, *La normativa sul governo della scuola*, in Fondazione per la Scuola della Compagnia di San Paolo, Associazione TreeLLLe, *Il governo della scuola autonoma: responsabilità e accountability*, Seminario n. 5 settembre 2005, Genova, Tipografia Araldica, 2005, 37 ss.; G. Allulli, *La riforma degli organi collegiali*, in Fondazione per la Scuola della Compagnia di San Paolo, Associazione TreeLLLe, *Il governo della scuola autonoma: responsabilità e accountability*, cit., 42 ss.; G. Trainito, B. Daviero (a cura di), *Disciplina degli organi interni nella scuola italiana*, Allegato n. 3, *ivi*, 104 ss.

⁴² Si segnala, peraltro, che è in corso l'esame in sede legislativa nella VII C.sione permanente della Camera dei Deputati del testo unificato del pdl.A.C. 953 Aprea e abbinate (C. 806, C. 808 e C. 813 Angela Napoli, C. 1199 Frassinetti, C. 1262 De Torre, C. 1468 De Pasquale, C. 1710 Cota, C. 4202 Carlucci e C. 4896 Capitano Santolini) recante "Norme per l'autogoverno delle istituzioni scolastiche statali", il cui Capo II contiene una nuova disciplina della rappresentanza istituzionale delle scuole autonome. In particolare, l'art. 11, c. 6, del pdl. prevede che «le Regioni possono istituire Conferenze di ambito territoriale che sono il luogo del coordinamento tra le istituzioni scolastiche, gli Enti locali, i rappresentanti del mondo della cultura, del lavoro e dell'impresa di un determinato territorio». Tali Conferenze – che, tra l'altro, saranno titolate ad esprimere proposte e pareri sulle reti di scuole – andranno a sostituirsi, dalla data della loro costituzione, ai Consigli scolastici distrettuali e provinciali di cui agli artt. 18 e 20, d.lg. 297/1994 (cfr. art. 11, c. 8 e art. 12, c. 2, del pdl. *de quo*). Inoltre, come opportunamente messo in luce dal Servizio Studi – Dipartimento istituzioni della Camera dei Deputati «occorre[rà] valutare se non debba essere disposta l'abrogazione anche del d.P.R. 233 del 1999, che aveva previsto nuovi organi collegiali, da costituire entro il 31 di-

positive e consultive in merito alle reti di scuole sia nei confronti dell'amministrazione scolastica periferica, sia delle istituzioni scolastiche autonome⁴³.

Infine, l'art. 7, d.P.R. 8 marzo 1999, n. 275⁴⁴, detta la prima compiuta disciplina in tema di reti di scuole delineando «[...] un vero e proprio prototipo di forma associativa tra autonomie funzionali [...]»⁴⁵ ai sensi del quale ciascuna istituzione scolastica nell'esercizio della propria autonomia negoziale ha la facoltà di promuovere un accordo di rete con altre scuole, oppure di aderire ad accordi già costituiti, per il raggiungimento delle proprie finalità istituzionali.

Il Dirigente scolastico, in qualità di legale rappresentante dell'istituto, è l'organo titolato a stipulare l'accordo di rete, ma in questo caso lo svolgimento dell'attività negoziale del Dirigente, vista l'importanza della materia, non è soltanto vincolata al rispetto dei criteri e dei limiti determinati dal Consiglio d'istituto, ma deve essere autorizzata dalla previa deliberazione del Consiglio d'istituto favorevole all'adesione alla rete di scuole⁴⁶. Oltre a ciò, qualora l'accordo di rete abbia ad oggetto «[...] attività didattiche o di ricerca, sperimentazione e sviluppo, di formazione e aggiornamento, [esso] è [previamente] approvato, oltre che dal consiglio di circolo o di istituto, anche dal collegio dei docenti delle singole scuole interessate per la parte di propria competenza»⁴⁷.

cembre 2002 (termine così fissato dall'art. 6, d.l. n. 411/2001) ([...] consigli scolastici locali al posto dei consigli scolastici distrettuali e provinciali) – di fatto mai costituiti –, nonché l'art. 7 della l. 137/2001, che aveva conferito una delega per l'ulteriore riordino degli organi collegiali, scaduta senza essere esercitata (i termini per l'esercizio della delega erano stati fissati al 23 gennaio 2004 e poi prorogati al 29 luglio 2005 dall'art. 2, co. 2, della l. 186/2004, di conversione del d.l. 136/2004)». Si v. Servizio Studi – Dipartimento istituzioni, “*Norme per l'autogoverno delle istituzioni scolastiche statali – A.C. 953 e abb. – Testo unificato – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale*”, Dossier di documentazione – Camera dei Deputati – XVI Legislatura, Note per la I C.sione affari costituzionali n. 380, 27 marzo 2012, in http://documenti.camera.it/leg16/dossier/testi/COST380.htm#_ftnref4.

⁴³ Cfr. l'art. 5, c. 1 e 2, d.lgs. n. 233/1999 “Riforma degli organi collegiali territoriali della scuola, a norma dell'art. 21 della l. 15 marzo 1997, n. 59”.

⁴⁴ “Regolamento recante norme in materia di autonomia delle istituzioni scolastiche, ai sensi dell'art. 21 della l. 15 marzo 1997, n. 59”.

⁴⁵ In questo senso R. Morzenti Pellegrini, *L'autonomia scolastica. Tra sussidiarietà, differenziazioni e pluralismi*, Torino, Giappichelli, 2011, 271.

⁴⁶ Cfr. gli artt. 31, 32, c. 1, 33, c. 1, lett. e) e c. 3, d.i. 1 febbraio 2001, n. 44, Regolamento concernente le “Istruzioni generali sulla gestione amministrativo-contabile delle istituzioni scolastiche”.

⁴⁷ Si v. l'art. 7, c. 2, d.P.R. n. 275/1999.

dalla piramide alla rete

I contenuti necessari dell'accordo di rete, previsti dal c. 4 dell'art. 7 del Regolamento in parola, sono: a) l'individuazione dell'organo responsabile della gestione delle risorse e del raggiungimento delle finalità del progetto per il quale si è costituita la rete; b) l'indicazione della durata, delle competenze e dei poteri di tale organo; c) la previsione delle risorse professionali e finanziarie messe a disposizione della rete dalle singole istituzioni scolastiche aderenti all'accordo. Inoltre, l'accordo di rete deve essere depositato presso le segreterie di ciascuna delle scuole firmatarie, in modo tale che gli interessati possano prenderne visione ed estrarne copia ai sensi della normativa vigente in materia di diritto di accesso ai documenti amministrativi⁴⁸.

L'accordo di rete può avere ad oggetto qualsiasi attività purché coerente con le finalità istituzionali dell'istituto scolastico. Ad esempio: attività didattiche; di ricerca, sperimentazione e sviluppo; di formazione ed aggiornamento del personale; di amministrazione e contabilità; di acquisto di beni e servizi; di organizzazione⁴⁹.

Completa quest'ampio ventaglio di attività, praticabili nell'ambito della rete di scuole, la previsione della possibilità di istituire dei laboratori: di ricerca didattica e di sperimentazione; finalizzati alla formazione in servizio del personale scolastico oppure all'orientamento scolastico e professionale; così come per favorire la più ampia circolazione, anche per via telematica, della documentazione di ricerche, esperienze, documenti ed informazioni⁵⁰.

Per quanto concerne il personale della scuola, per un verso, l'accordo di rete può prevedere lo scambio temporaneo di docenti fra le istituzioni scolastiche partecipanti alla rete. A tal fine occorrono tre condizioni: l'omogeneità di stato giuridico dei docenti interessati ai progetti di scambio, il loro consenso liberamente espresso e la rinuncia dei medesimi alla richiesta di trasferimento per l'intera durata dello scambio⁵¹. A quest'ultimo proposito, si rileva che la necessità di stabilire una durata temporanea ed improrogabile dello scambio risponde all'esigenza di eludere uno scambio che in realtà "mascheri" un trasferimento di docenti effettuato senza il rispetto della procedura stabilita dalla contrattazione collettiva⁵².

⁴⁸ In argomento, si rimanda al dettato dell'art. 35, c. 3, d.l. 44/2001 che recita: «è assicurato l'esercizio del diritto di accesso degli interessati alla documentazione inerente l'attività contrattuale svolta o programmata, ai sensi degli articoli 22 e seguenti della l. 7 agosto 1990, n. 241».

⁴⁹ Cfr. l'art. 7, c. 2, d.P.R. 275/1999.

⁵⁰ Cfr. l'art. 7, c. 6, d.P.R. 275/1999.

⁵¹ Cfr. l'art. 7, c. 3, d.P.R. 275/1999.

⁵² Cfr. R. Morzenti Pellegrini, *L'autonomia scolastica. Tra sussidiarietà, differenziazioni e pluralismi*, cit., 272.

Per altro verso, la costituzione di una rete di scuole comporta che gli organici funzionali di istituto possano essere definiti in modo da consentire l'affidamento a personale qualificato, ossia dotato di specifiche esperienze e competenze, dei compiti organizzativi e di raccordo interistituzionale e di gestione dei laboratori⁵³. Preme rimarcare che sarebbe auspicabile una ridefinizione non soltanto degli organici del personale docente, ma anche del personale A.T.A., ad esempio in presenza di accordi di rete in materia amministrativa e contabile. In altri termini, l'accordo di rete si potrebbe rivelare un utile strumento di collaborazione interistituzionale grazie al quale ciascuna istituzione scolastica potrebbe assolvere meglio ai propri adempimenti gestionali. Nello specifico, esso potrebbe presentare ricadute positive sotto almeno tre profili. Innanzitutto, faciliterebbe il conseguimento di un elevato livello di specializzazione del personale amministrativo nello svolgimento di determinate mansioni. Infatti, una volta individuata in un'istituzione scolastica la presenza di personale particolarmente qualificato in una determinata materia, si dovrà consentire a tale unità di personale di svolgere prioritariamente le pratiche amministrative relative alla materia in questione interessanti tutte le scuole che costituiscono la rete. Queste ultime così, per lo svolgimento dell'attività preliminare ed istruttoria, ricorreranno allo strumento dell'avvalimento di uffici "specializzati" di un'unica scuola facente parte della rete, mentre conserveranno la titolarità e la responsabilità del provvedimento finale. In secondo luogo, l'accordo di rete determinerebbe un migliore impiego delle risorse umane disponibili. Considerata la specializzazione professionale che una data unità di personale in tal modo potrà vantare in una determinata materia, essa potrà rivelarsi vantaggiosa sia in termini di una maggiore motivazione nell'espletamento della propria attività lavorativa, sia in termini di riduzione dei tempi necessari per la conclusione delle pratiche amministrative. Infine, anche il caso di un accordo di rete stipulato fra due o più istituzioni scolastiche per l'acquisto di beni e l'utenza di servizi potrebbe risultare conveniente per quanto concerne i risparmi di spesa di cui ciascun istituto scolastico beneficerebbe, dal momento che (comportando l'aumento dei quantitativi richiesti) incrementerebbe il potere contrattuale delle scuole⁵⁴.

Merita richiamare l'attenzione sulla circostanza che il c. 5 dell'art. 7 del Regolamento in argomento abbia immaginato che l'accordo istitutivo di una rete di scuole debba avere «[...] la natura di contratto "aperto" o "a

⁵³ Cfr. l'art. 7, c. 7, d.P.R. 275/1999.

⁵⁴ Cfr. R. Morzenti Pellegrini, *L'autonomia scolastica. Tra sussidiarietà, differenziazioni e pluralismi*, cit., 277 ss.

dalla piramide alla rete

struttura aperta” [...]»⁵⁵ all’eventuale adesione di tutte le istituzioni scolastiche che intendano parteciparvi ed, in particolare, debba prevedere iniziative idonee a favorire l’adesione alla rete degli istituti scolastici che presentino situazioni di difficoltà. Quindi, l’unica ipotesi in cui le scuole facenti parte della rete potrebbero rifiutare la successiva adesione di altre istituzioni scolastiche si potrebbe verificare nel caso in cui la scuola che intende entrare nella rete non rispetti le modalità di adesione all’accordo, previamente stabilite dagli istituti scolastici che hanno istituito la rete⁵⁶.

Last but not least, occorre precisare che l’accordo di rete tra scuole si configura come un accordo che le pubbliche amministrazioni possono concludere per lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune, pertanto ad esso si applica l’art. 15, l. n. 241/1990⁵⁷ e deve essere stipulato, a pena di nullità, per atto scritto. Inoltre – grazie all’esplicito richiamo operato dall’art. 15 *de quo* all’art. 11, c. 2, l. n. 241/1990 – per le parti non regolate dall’art. 7, d.P.R. n. 275/1999 (quali, ad esempio, il diritto di recesso di una scuola dalla rete, oppure la responsabilità patrimoniale per le obbligazioni assunte dalla rete) si applica la disciplina del Codice civile in materia di obbligazioni e contratti⁵⁸.

Proseguendo il percorso volto all’implementazione delle reti intrapreso con l’art. 7, d.P.R. n. 275/1999, il Regolamento di organizzazione del Ministero dell’istruzione, dell’Università e della ricerca, emanato con d.P.R. 11 agosto 2003, n. 319, precisa che i Centri servizi amministrativi (C.S.A.), quali articolazioni funzionali e territoriali degli Uffici scolastici regionali (U.S.R.), coadiuvando gli istituti scolastici autonomi nell’attività di proget-

⁵⁵ Così R. Morzenti Pellegrini, *ivi*, 275.

⁵⁶ Cfr. R. Morzenti Pellegrini, *ibidem*.

⁵⁷ Recante “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”.

⁵⁸ Visto il carattere associativo che connota le reti di scuole, giacché l’accordo di rete genera un vincolo tra le scuole finalizzato alla gestione di attività di interesse comune, ad esse si ritiene applicabile la disciplina codicistica relativa alle associazioni, dal momento che anche queste ultime si costituiscono con contratti di comunione di scopo. Peraltro, la disciplina da applicare è quella relativa alle associazioni non riconosciute come persone giuridiche, perché l’accordo di rete non determina la nascita di una nuova persona giuridica in base ad una duplice argomentazione: *in primis*, «[...] la personalità giuridica pubblica è sempre conferita con legge, si da ipotizzarsi unioni di enti pubblici senza personalità giuridica. Inoltre, la configurazione di una nuova persona giuridica, sembra in contrasto con la *ratio* della normativa di riforma, diretta a rendere sempre più indipendenti (se pure permettendo forme di collaborazione) le scuole, evitando di creare strutture che si sostituiscano alle stesse». Si v. il parere dell’Avvocatura generale dello Stato, n. 35231/2001 riportato da R. Morzenti Pellegrini, *L’autonomia scolastica. Tra sussidiarietà, differenziazioni e pluralismi*, cit., 283, nota 156.

tazione dell'offerta formativa e di integrazione con gli altri attori locali, svolgono, a livello provinciale e/o subprovinciale, le funzioni relative al supporto ed allo sviluppo delle reti di scuole⁵⁹. I successivi Regolamenti di riorganizzazione del MIUR⁶⁰ – adottati ogni due anni (nel 2007, nel 2009 e nel 2011) al fine di accertare la funzionalità e l'efficienza del Ministero e di adeguarne le funzioni ai processi di attuazione del novellato art. 117 della Costituzione – affidano le medesime funzioni di supporto e di sviluppo delle reti alle nuove articolazioni degli U.S.R. in qualità di centri di erogazione di servizi amministrativi, di monitoraggio e di supporto alle scuole, ossia, rispettivamente, dapprima, agli Uffici scolastici provinciali (U.S.P.) e, da ultimo, agli Uffici dirigenziali di livello non generale suddivisi per ambito territoriale provinciale (U.S.T.)⁶¹.

Per quanto riguarda la specificazione delle attività che le reti possono svolgere a partire dalla rosa di opzioni introdotta dal d.P.R. n. 275/1999, la Legge finanziaria 2007 ha previsto, peraltro con una disposizione alquanto laconica, che le reti di scuole, così come le istituzioni scolastiche e le associazioni dei genitori, siano autorizzate al noleggio di libri scolastici agli studenti ed ai loro genitori⁶².

Nella XVI Legislatura, invece, si ravvisa il consolidamento di un indirizzo politico volto ad incentivare la stipulazione di accordi di rete per quanto concerne il miglioramento dell'integrazione degli alunni disabili. Infatti, si collocano in quest'ottica: sia le disposizioni normative di razionalizzazione delle risorse umane in tutti gli ordini e gradi di istruzione, col prevedere che «i dirigenti preposti agli uffici scolastici regionali, sentite le Regioni, gli Enti locali e le altre istituzioni competenti e i soggetti aventi ti-

⁵⁹ Cfr. l'art. 8, c. 6, d.P.R. 319/2003.

⁶⁰ Ai sensi dell'art. 4, c. 5, d.lg. 30 luglio 1999, n. 300, "Riforma dell'organizzazione del Governo, a norma dell'art. 11 della l. 15 marzo 1997, n. 59", mediante regolamenti o con decreti del Ministro, emanati ai sensi dell'art. 17, c. 4-bis, l. 23 agosto 1988, n. 400, si procede alla revisione periodica dell'organizzazione ministeriale, con cadenza almeno biennale.

⁶¹ Cfr.: l'art. 7, c. 6, d.P.R. 21 dicembre 2007, n. 260, "Regolamento di riorganizzazione del Ministero della pubblica istruzione"; l'art. 8, c. 3, d.P.R. 20 gennaio 2009, n. 17, "Regolamento recante disposizioni di riorganizzazione del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca"; l'art. 4, c. 3, d.P.R. 3 giugno 2011, n. 132 "Regolamento recante: «Modifiche al decreto del Presidente della Repubblica del 20 gennaio 2009, n. 17, concernente la riorganizzazione del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, ai sensi dell'art. 2, c. 8-bis, del d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito, con modificazioni, dalla l. 26 febbraio 2010, n. 25»".

⁶² Cfr. l'art. 1, c. 628, l. 27 dicembre 2006, n. 296, "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2007)".

tolo, individu[i]no le modalità di distribuzione delle risorse utili all'integrazione degli alunni disabili, anche attraverso la costituzione di reti di scuole [...]»⁶³; sia le misure di contenimento delle spese in materia di organizzazione scolastica, col disporre che «l'organico dei posti di sostegno [...] per assicurare la piena tutela dell'integrazione scolastica [...] è assegnato complessivamente alla scuola o a reti di scuole allo scopo costituite, tenendo conto della previsione del numero di tali alunni in ragione della media di un docente ogni due alunni disabili [...]»⁶⁴.

Tuttavia, permangono nella normativa statale relativa alla revisione dell'assetto della scuola primaria anche riferimenti del tutto sporadici alle reti che non paiono potersi inserire in un contesto di più ampio respiro, come si ricava dal tenore dell'art. 4, c. 10, del d.P.R. 20 marzo 2009, n. 89, ai sensi del quale «con decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, avente natura non regolamentare, sono individuati, nell'ambito dell'istituto o di reti di scuole, i titoli prioritari per impartire l'insegnamento di musica e pratica musicale»⁶⁵.

Peraltro, nella normativa più recente pare potersi ravvisare un positivo segnale di discontinuità rispetto all'interesse, che potremmo definire “a macchia di leopardo”, precedentemente manifestato dal legislatore con riferimento all'incentivazione delle reti di scuole.

Si colloca lungo questa direttrice il c.d. “decreto semplificazioni”, ossia il d.l. 9 febbraio 2012, n. 5⁶⁶, convertito con modificazioni dalla l. 4 aprile 2012, n. 35, che, all'art. 50, a ben tredici anni di distanza dall'adozione del Regolamento sull'autonomia delle istituzioni scolastiche, detta una disciplina volta a potenziare la loro autonomia, imprimendo un nuovo slancio al processo riformatore iniziato nelle passate Legislature con l'art. 7, d.P.R. n. 275/1999.

Difatti, con l'intento di «[...] consolidare e sviluppare l'autonomia delle istituzioni scolastiche, potenziandone l'autonomia gestionale secondo criteri

⁶³ Così dispone l'art. 5, c. 1, 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'art. 64, c. 4, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133”.

⁶⁴ Si v. l'art. 19, c. 11, d.l. 6 luglio 2011, n. 98 “Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria”, convertito, con modificazioni, dalla l. 15 luglio 2011, n. 111.

⁶⁵ Così prevede l'art. 4, c. 10, d.P.R. 20 marzo 2009, n. 89 “Revisione dell'assetto ordinamentale, organizzativo e didattico della scuola dell'infanzia e del primo ciclo di istruzione ai sensi dell'art. 64, c. 4, del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133”.

⁶⁶ Recante “Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo”.

di flessibilità e valorizzando la responsabilità e la professionalità del personale della scuola [...]»⁶⁷, il Ministro dell'Istruzione, dell'università e della ricerca, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-Regioni, adotterà con decreto le linee guida per conseguire:

a) la definizione, per ciascuna istituzione scolastica, di un organico dell'autonomia, funzionale allo svolgimento dell'attività ordinaria⁶⁸;

b) la costituzione, previa intesa in Conferenza Unificata, di reti tra istituzioni scolastiche su base territoriale al fine di realizzare la gestione ottimale delle risorse umane, strumentali e finanziarie⁶⁹;

c) la definizione di un organico di rete – che andrà ad integrare l'organico dell'autonomia – sia al fine di conseguire la gestione ottimale delle risorse umane, strumentali e finanziarie, sia «[...] per l'integrazione degli alunni con bisogni educativi speciali, la formazione permanente, la prevenzione dell'abbandono e il contrasto dell'insuccesso scolastico e formativo e dei fenomeni di bullismo, specialmente per le aree di massima corrispondenza tra povertà e dispersione scolastica»⁷⁰.

⁶⁷ Si v. l'art. 50, c. 1, d.l. 5/2012, convertito con modificazioni dalla l. 35/2012.

⁶⁸ Nello specifico, l'organico dell'autonomia è funzionale allo svolgimento dell'«ordinaria attività didattica, educativa, amministrativa, tecnica e ausiliaria, alle esigenze di sviluppo delle eccellenze, di recupero, di integrazione e sostegno agli alunni con bisogni educativi speciali e di programmazione dei fabbisogni di personale scolastico, anche ai fini di una estensione del tempo scuola». Questo il dettato dell'art. 50, c. 1, lett. b), d.l. 5/2012, convertito con modificazioni dalla l. 35/2012.

Come puntualizzato dal Servizio Studi del Senato, *XVI legislatura. Disegno di legge A.S. n. 3194 "Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, recante disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo"*, marzo 2012, Dossier n. 340/II, 442, «[...] la relazione tecnica qualifica l'organico dell'autonomia come "dotazione di personale docente, educativo ed ATA che consenta alle istituzioni scolastiche di far fronte a tutte le esigenze derivanti sia dall'organizzazione delle attività didattiche ordinarie, sia dalle situazioni di fatto che, all'avvio o nel corso dell'anno scolastico, determinino scostamenti dalle previsioni iniziali (variazione di alunni rispetto al valore stimato prima delle iscrizioni, aumento delle certificazioni mediche per il sostegno o assenze brevi e temporanee dei docenti, fenomeni di dispersione scolastica, etc.)"».

⁶⁹ Cfr. l'art. 50, c. 1, lett. c), d.l. 5/2012, convertito con modificazioni dalla l. 35/2012.

⁷⁰ Si v. l'art. 50, c. 1, lett. d), d.l. 5/2012, convertito con modificazioni dalla l. 35/2012. Preme rimarcare che la relazione tecnica al d.l. 5/2012 chiarisce che «[...] l'organico di rete non deve superare la somma dei singoli organici dell'autonomia delle istituzioni scolastiche incluse nella rete, al fine di garantire la neutralità finanziaria dell'iniziativa. Rileva, inoltre, che il contenuto innovativo risiede soprattutto nella possibilità di consentire, attraverso tale strumento, lo spostamento di posti che oggi si attribuirebbero a livello di singola scuola o provincia sul livello di rete, senza aggiungere nulla al fabbisogno, anche accorpando a livello di

dalla piramide alla rete

Tali organici, dell'autonomia e di rete, saranno costituiti – nei limiti previsti dall'art. 64, d.l. 25 giugno 2008, n. 112⁷¹ – «[...] sulla base dei posti corrispondenti a fabbisogni con carattere di stabilità per almeno un triennio sulla singola scuola, sulle reti di scuole e sugli ambiti provinciali, anche per i posti di sostegno, fatte salve le esigenze che ne determinano la modulazione annuale»⁷². Il Ministro dell'Istruzione, dell'università e della ricerca, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle finanze, adotterà, ogni tre anni, un decreto col quale definirà, nei limiti dei risparmi di spesa derivanti dall'attuazione delle disposizioni in materia di riorganizzazione scolastica di cui al citato art. 64, «[...] la consistenza numerica massima degli organici delle autonomie e di rete, sulla base della previsione dell'andamento demografico della popolazione in età scolare»⁷³.

Come emerge dalla lettura della relazione tecnica al d.l. 5/2012, l'art. 50, rubricato "attuazione dell'autonomia", parrebbe contenere almeno due significativi elementi di innovazione con riferimento alla costituzione di reti di scuole. *In primis*, «[...] "si tratta di autonomia responsabile in quanto intesa a conciliare la migliore resa dei servizi istituzionalmente assegnati [alle istituzioni scolastiche] da realizzare mediante l'ottimale utilizzo, anche in forma comune, delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili"»⁷⁴. Quindi, evolve l'esercizio dell'autonomia funzionale: figurativamente potremmo dire che si passa dalla "monade" alla preferenza per la "rete" tra istituzioni scolastiche. In secondo luogo, si «segnala [...] che le finalità indicate per l'organico di rete sono tutte già proprie degli organici attuali, cosicché il passaggio in Conferenza unificata permetterebbe alle reti di essere riconosciute da parte delle regioni e degli enti locali e quindi di essere effettivamente rappresentative»⁷⁵. Perciò, il legislatore considera in modo organico il ruolo che potrebbero giocare le reti di scuole sul terri-

rete i posti frazionabili e riducendo o azzerando il (comunque ridotto) numero di ore». Si v. Servizio Studi del Senato, *XVI legislatura. Disegno di legge A.S. n. 3194 "Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, recante disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo"*, cit., 442.

⁷¹ Recante "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria", convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, e s.m.i.

⁷² Si v. l'art. 50, c. 1, lett. e), d.l. 5/2012, convertito con modificazioni dalla l. 35/2012.

⁷³ Si v. l'art. 50, c. 3, d.l. 5/2012, convertito con modificazioni dalla l. 35/2012.

⁷⁴ Queste le osservazioni del Servizio Studi del Senato, *XVI legislatura. Disegno di legge A.S. n. 3194 "Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, recante disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo"*, cit., 441.

⁷⁵ In questo senso ancora Servizio Studi del Senato, *ivi*, 442.

torio, anzi muove nella direzione di una loro auspicata istituzionalizzazione.

4. L'interesse dei legislatori regionali nei confronti delle "reti di scuole" tra riferimenti generici e contestualizzazioni organiche

L'assetto delle competenze fissato dal novellato Titolo V della Costituzione in materia di istruzione, come noto, «nel complesso intrecciarsi in [...] [questa] stessa materia di norme generali, principi fondamentali, leggi regionali e determinazioni autonome delle istituzioni scolastiche [...]»⁷⁶, per un verso, introduce la clausola di salvaguardia dell'autonomia delle istituzioni scolastiche, per altro verso, come recentemente ribadito dalla Corte costituzionale nella sentenza 147/2012, indubbiamente⁷⁷ fa rientrare nel-

⁷⁶ Così si esprime la Consulta nel punto 3 del Considerato in diritto della sent. 13/2004.

⁷⁷ In particolare, come precisato al punto 3 del Considerato in diritto della sent. 147/2012, la differenza esistente tra le norme generali sull'istruzione ed i principi fondamentali della materia istruzione è stata chiarita dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 13/2004, n. 34/2005, n. 279/2005, n. 200/2009 e n. 92/2011.

Per un commento alla sent. 13/2004 della Corte costituzionale, *ex multis*, si v.: R. Dickmann, *La Corte amplia la portata del principio di continuità (osservazioni a Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 13)*, 22 gennaio 2004, in www.federalismi.it, 2004, n. 2; A. Poggi, *Un altro pezzo del "mosaico": una sentenza importante per la definizione del contenuto della competenza legislativa concorrente delle Regioni in materia di istruzione*, 5 febbraio 2004, in www.federalismi.it, 2004, n. 3; P. Milazzo, *La Corte costituzionale interviene sul riparto di competenze legislative in materia di istruzione e "raffina" il principio di continuità (nota a Corte cost. n. 13/2004)*, in *Le Regioni*, 2004, 963 ss.; M. Cocconi, *La potestà legislativa concorrente delle Regioni in materia di istruzione fra nuovo Titolo V ed esigenza di continuità di un servizio pubblico essenziale. Osservazioni a margine di Corte cost. 13/04*, in *Il Foro italiano*, 2004, fasc. 10, 2667 ss.; A. Sandulli, *Sussidiarietà ed autonomia scolastica nella lettura della Corte costituzionale*, in *Isti. fed.*, 2004, 549 ss. Per un commento alla sentenza C. cost. n. 34/2005, si v.: A. Poggi, *Principi fondamentali e norme generali in materia di istruzione in due sentenze della Corte. Un'occasione mancata per chiarire i confini delle sfere di competenza legislativa dello Stato e delle Regioni*, in *Reg.*, 2005, 946 ss. Per un commento alla sent. 279/2005 della Corte costituzionale, si v.: S. Nicodemo, *Livelli di legislazione e "livelli di principi" in materia di istruzione*, 10 dicembre 2005, in www.forumcostituzionale.it; C. Marzuoli, *L'istruzione e il Titolo V: alcuni pericoli da evitare*, in *Reg.*, 2006, 165 ss. Per un commento alla sentenza C. cost. n. 200/2009, si v.: A. Poggi, *Dalla Corte un importante (anche se non decisivo) monito di arretramento alle "politiche" governative sull'istruzione. Nota a prima lettura della sentenza n. 200 del 2009*, 22 luglio 2009, in www.federalismi.it, 2009, n. 14; M. Cocconi, *La Corte costituzionale individua un criterio sostanziale di distinzione fra "norme generali" e "principi fondamentali" in mate-*

dalla piramide alla rete

l'ambito delle norme generali sull'istruzione, riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. n), Cost., «[...] la definizione dei requisiti che connotano l'autonomia scolastica, ma questi riguardano il grado della loro autonomia rispetto alle amministrazioni, statale e regionale, nonché le modalità che la regolano, ma certamente non il dimensionamento e la rete scolastica, riservati alle Regioni nell'ambito della competenza concorrente»⁷⁸ in materia di istruzione.

Pertanto, pare imprescindibile, ai fini della presente ricerca, andare a verificare quali “traduzioni normative” abbiano avuto, ad oggi, le reti di scuole a livello della legislazione regionale.

La disamina della normativa regionale nel settore dell'istruzione restituisce un contesto connotato nel complesso da luci ed ombre, in quanto si registra che l'interesse prestato dal legislatore regionale alle reti di scuole è di diversa intensità da Regione a Regione.

Sostanzialmente, le disposizioni legislative regionali di *favor* verso l'istituzione di reti di scuole si possono raggruppare, per semplicità espositiva, in due “indirizzi”: un primo, che attualmente pare essere prevalente, caratterizzato da riferimenti sporadici alle reti ed un secondo che invece prevede una disciplina più organica *ad hoc* per le reti.

Le leggi regionali che, prevedendo soltanto un generico riferimento alle reti di scuole, si collocano nell'ambito del primo “indirizzo” sono a loro volta espressione di quattro diversi “orientamenti”.

Si segnalano, in primo luogo, disposizioni volte alla valorizzazione dell'autonomia delle istituzioni scolastiche che, a questo fine, affidano alla Regione (e, nel caso dell'Emilia-Romagna, anche agli Enti locali, d'intesa con la Direzione scolastica regionale) un ruolo attivo nell'incentivare la costituzione di reti, consorzi ed altre forme di collaborazione tra istituzioni scolastiche autonome, promuovendone le relazioni con gli Enti locali⁷⁹. Sempre

ria di istruzione, in *Foro it.*, 2009, fasc. 12, 3288 ss.; F. Cortese, *L'istruzione tra norme generali e principi fondamentali: ossia, la Corte costituzionale tra contraddizioni formali e conferme sostanziali*, in *Reg.*, 2010, 511 ss.; M. Troisi, *La Corte tra “norme generali sull'istruzione” e “principi fondamentali”*. Ancora alla ricerca di un difficile equilibrio tra (indispensabili) esigenze di uniformità e (legittime) aspirazioni regionali, in *Reg.*, 2010, 531 ss. Per un commento alla sent. 92/2011 della Corte costituzionale, si v. M. Cocconi, *La Corte frena l'“affievolimento”, attraverso fonti regolamentari dello Stato, della potestà regionale concorrente nell'istruzione*, in *Giur. cost.*, 2011, fasc. 2, 1349 ss.

⁷⁸ Si v. il punto 4 del Considerato in diritto della sentenza C. cost. n. 147/2012.

⁷⁹ Cfr.: l'art. 21, c. 3, l.r. 30 giugno 2003, n. 12 dell'Emilia-Romagna “Norme per l'uguaglianza delle opportunità di accesso al sapere, per ognuno e per tutto l'arco della vita, attraverso il rafforzamento dell'istruzione e della formazione professionale, anche in integrazione tra loro”, consultabile in <http://demetra.regione.emilia-romagna.it>; l'art. 3, c. 2, l.r. 6 ago-

in quest'ottica, la Regione Umbria, richiamando altresì la «[...] coerenza con gli obiettivi strategici comunitari, persegue l[a] [...] finalità: [...] [di] sostenere la costituzione di reti tra le istituzioni scolastiche, le università e gli organismi di formazione professionale accreditati [...]»⁸⁰, ed in questo modo “apre la strada” alla costituzione, non solo delle c.d. reti “chiuse”, ma anche di quelle “aperte”. Questo primo “orientamento” sembra trovare la propria sintesi – ed al contempo la formulazione più felice – nell'art. 7, c. 5, l.r. 8 giugno 2006, n. 15 della Regione Liguria⁸¹ che, nello specificare le competenze delle istituzioni scolastiche autonome, così recita: «al fine di potenziare l'efficacia dell'intervento delle I.S.A., la Regione, d'intesa con l'Ufficio Scolastico Regionale, incentiva e riconosce, secondo le modalità definite dalla Giunta regionale, la costituzione di reti e di consorzi di scuole autonome, favorendo il coordinamento con gli Enti locali e con tutti i soggetti coinvolti nel processo di integrazione scolastica». Infatti, quest'ultima disposizione, per un verso, con l'utilizzo del verbo “riconosce”, significativamente pare prendere atto della copertura costituzionale dell'autonomia delle istituzioni scolastiche fornita dall'art. 117, c. 3, Cost. successivamente alla revisione del Titolo V operata dalla l. cost. 3/2001; in altri termini, utilizzando le parole della Consulta, sembra prendere atto della circostanza per cui se «[...] tale autonomia non può risolversi [in una] [...] incondizionata libertà di autodeterminazione, [...] esige [tuttavia] [...] che a tali istituzioni siano lasciati adeguati spazi di autonomia che le leggi [...] regionali, nell'esercizio della potestà legislativa concorrente, non possono pregiudicare»⁸². Per altro verso, allo stesso tempo, pare delineare una feconda prospettiva di sviluppo dell'autonomia funzionale delle scuole in un contesto di interazioni biunivoche con il proprio “territorio” di riferimento.

Un secondo “orientamento” fatto proprio dall'Emilia-Romagna, complementare al primo appena richiamato, comprende disposizioni che, per la realizzazione di azioni di supporto all'autonomia delle istituzioni sco-

sto 2007, n. 19 della Lombardia “Norme sul sistema educativo di istruzione e formazione della Regione Lombardia”, consultabile in <http://consiglionline.lombardia.it/normelombardia/accessibile/main.aspx>.

⁸⁰ Così l'art. 2, c. 1, lett. f), l.r. 15 aprile 2009, n. 7 dell'Umbria “Sistema Formativo Integrato Regionale”, consultabile in www.consiglio.regione.umbria.it/attivita-legislativa/banca-dati-legislativa.

⁸¹ Recante “Norme ed interventi in materia di diritto all'istruzione e alla formazione”, consultabile in www.edizionieuropee.it/codiceliguria.

⁸² Si v. il punto 5 del Considerato in diritto della sent. 13/2004 della Corte costituzionale.

⁸³ In questi termini l'art. 22, c. 1, l.r. n. 12/2003 dell'Emilia-Romagna.

lastiche, prevedono che «[...] gli enti locali, le istituzioni scolastiche, l'amministrazione scolastica, anche attraverso specifici accordi, poss[an]no istituire i Centri di servizi e di consulenza (CSC) per le istituzioni scolastiche autonome»⁸³. Nello specifico, le funzioni dei C.S.C. – che si avvalgono delle risorse messe a disposizione dai soggetti istitutori, nonché dalla Regione e da associazioni ed enti del privato sociale operanti al sostegno dell'autonomia scolastica – possono essere esercitate da reti di scuole⁸⁴.

Si individua ancora un terzo “orientamento” che, invece, si contraddistingue per il fatto di collocare nell'ambito degli interventi di sostegno al diritto all'istruzione ed alla formazione, dalla scuola dell'infanzia fino al conseguimento di un titolo di studio superiore, anche agevolazioni per la creazione di reti di scuole che offrano servizi strumentali all'ampliamento delle dotazioni scolastiche oppure specifici servizi riguardanti l'integrazione culturale e formativa. In particolare, la Regione Piemonte, con il piano triennale di interventi in materia di diritto allo studio, ha la facoltà di prevedere appositi stanziamenti di risorse destinate alla costituzione di reti di scuole finalizzate all'incremento delle dotazioni librerie delle I.S.A. allo scopo di migliorarne la fruizione da parte degli studenti delle scuole pubbliche⁸⁵. Lungo questa direttrice, la Puglia concede incentivi sia alle istituzioni scolastiche statali e paritarie sia agli Enti locali per la realizzazione di reti di scuole che promuovano l'integrazione culturale e formativa dei minori stranieri in età dell'obbligo scolastico presenti sul territorio regionale⁸⁶. Viceversa, altre Regioni si fanno carico non soltanto dei minori, ma anche degli adulti: in Lazio, la Regione sostiene iniziative che favoriscano la formazione di reti di scuole che diano impulso all'integrazione culturale e formativa dei cittadini stranieri immigrati⁸⁷; mentre la Liguria affida alle Province il compito di supportare le reti di scuole «[...] ed i Comuni nella formazione degli adulti, in particolare attraverso il sostegno ai Centri Territoriali Permanenti, [...]

⁸⁴ Cfr. l'art. 22, c. 2, l.r. n. 12/2003 dell'Emilia-Romagna.

⁸⁵ Cfr. l'art. 4, c. 1, lett. c) e l'art. 8, c. 2, l.r. 28 dicembre 2007, n. 28 del Piemonte “Norme sull'istruzione, il diritto allo studio e la libera scelta educativa”, consultabile in <http://arianna.consiglioregionale.piemonte.it>.

⁸⁶ Cfr. l'art. 11, c. 1 e 3, lett. e), l.r. 4 dicembre 2009, n. 32 della Puglia “Norme per l'accoglienza, la convivenza civile e l'integrazione degli immigrati in Puglia”, consultabile in www.consiglio.puglia.it/documentazione/leges/codice_leggi.aspx.

⁸⁷ Cfr. l'art. 11, c. 1 e c. 2, lett. e), l.r. 14 luglio 2008, n. 10 del Lazio “Disposizioni per la promozione e la tutela dell'esercizio dei diritti civili e sociali e la piena uguaglianza dei cittadini stranieri immigrati”, consultabile in www.consiglio.regione.lazio.it/consiglioweb/leggi_regionali.php?vms=107&vmf=19.

C.T.P., per quanto concerne le funzioni di orientamento scolastico e lavorativo»⁸⁸.

Infine, un ultimo “orientamento”, che accomuna alcune Regioni, si distingue per prendere in considerazione le reti di scuole nel contesto dei servizi di psicologia scolastica e di formazione del personale. La Regione Abruzzo realizza tale servizio a sostegno di docenti, alunni e genitori tramite convenzioni, di durata almeno pari ad un anno scolastico, tra le reti di scuole che ne facciano richiesta e psicologi con apposite competenze iscritti al relativo ordine professionale: dunque considera “protagoniste” le reti ai fini dell’organizzazione del servizio di psicologia scolastica, dal momento che affida loro il ruolo di soggetti co-erogatori di tale servizio⁸⁹. D’altro canto, diametralmente opposta è la visione delle reti nell’ottica del legislatore pugliese, giacché la Regione istituisce un’Unità di psicologia scolastica dotata di analoghe funzioni di consulenza nei confronti dei soggetti che a vario titolo operano nel sistema scolastico regionale, tuttavia configura un ruolo “passivo” per le reti di scuole, in quanto esse sono soltanto destinatarie delle attività della predetta Unità⁹⁰. Peraltro, la Regione Puglia si segnala per l’aver istituito anche un’Unità di formazione del personale e di pedagogia scolastica – quale struttura operante al servizio del personale docente ed A.T.A. al fine di migliorarne la professionalità – che parimenti assume come destinatari delle proprie attività, oltre che singole istituzioni scolastiche, anche reti di scuole⁹¹.

Per quanto riguarda, invece, quello che *supra* si è individuato come secondo “indirizzo”, sono soltanto due le Regioni ordinarie che hanno adottato leggi regionali che disciplinano in modo più organico le reti di scuole. Pertanto, quest’ultimo indirizzo, ad oggi, risulta ancora in posizione minoritaria.

In questa direzione, a fare da “battistrada” è stata la Liguria con la l.r. 11 maggio 2009, n. 18 (*Sistema educativo regionale di istruzione, formazione e orientamento*).

Innanzitutto, la Regione, in qualità di soggetto “attivo” del sistema scolastico regionale, svolge la funzione di promuovere il coordinamento e

⁸⁸ Così l’art. 6, c. 4, l.r. n. 15/2006 della Liguria.

⁸⁹ Cfr. l’art. 3, c. 3, lett. b), l.r. 23 gennaio 2004, n. 3 dell’Abruzzo “Istituzione del Servizio di psicologia scolastica”, consultabile in www2.consiglio.regione.abruzzo.it/affassweb/leggi-provvedimenti.asp.

⁹⁰ Cfr. l’art. 12 e l’art. 13, c. 1, lett. b), l.r. 4 dicembre 2009, n. 31 della Puglia “Norme regionali per l’esercizio del diritto all’istruzione e alla formazione”, consultabile in www.consiglio.puglia.it/documentazione/leges/codice_leggi.aspx.

⁹¹ Cfr. l’art. 15 e l’art. 16, c. 1, lett. b), l.r. n. 31/2009 della Puglia.

dalla piramide alla rete

l'integrazione fra l'Università ed il settore imprenditoriale mediante la stipulazione di convenzioni e la costituzione di reti di I.S.A. e organismi formativi al fine di sviluppare iniziative di formazione superiore o di poli formativi⁹².

Inoltre, i Comuni possono sviluppare il sistema locale di educazione non formale dei minori⁹³ mediante accordi e intese di rete tra i soggetti pubblici, del terzo settore, i privati promotori delle iniziative e le I.S.A., stabilendo altresì le procedure di adesione alle reti⁹⁴.

Dunque, la programmazione di un'offerta coordinata di istruzione e formazione, incentivando l'attivazione delle c.d. reti "aperte", costituisce uno degli obiettivi prioritari della politica regionale in materia di istruzione.

Non solo. Questa legge si segnala anche per dedicare un articolo apposito alla promozione delle più tradizionali reti di scuole "chiuse" con l'intento di sostenere l'azione delle I.S.A. nella realizzazione di percorsi formativi idonei all'inserimento nel mondo del lavoro. Infatti, l'art. 12 dispone che «[...] la Regione e gli Enti locali, d'intesa con le articolazioni territoriali del MIUR, incentivano, anche attraverso gli strumenti di programmazione, la costituzione di reti e di consorzi tra ISA, favorendone le relazioni con gli Enti locali»⁹⁵ allo scopo di accrescere l'autonomia scolastica ai sensi dell'art. 7 del d.P.R. 275/1999 che (come esaminato nel paragrafo precedente) ha appunto dettato la prima compiuta disciplina delle reti di scuole nel nostro ordinamento. Nello specifico, si prevede che «la costituzione di reti [...] è prioritariamente finalizzata ad iniziative volte alla innovazione e all'unificazione nelle attività di formazione e aggiornamento dei docenti, alla razionalizzazione dei servizi gestionali, a particolari sperimentazioni didattiche e formative, a scambi internazionali nonché finalizzata alla costituzione di poli formativi tecnico-professionali [...]»⁹⁶.

Infine, significativa è la sottolineatura da parte della Regione sia della

⁹² Cfr. l'art. 4 e l'art. 5, c. 1, lett. e), l.r. Liguria 11 maggio 2009, n. 18, "Sistema educativo regionale di istruzione, formazione e orientamento", consultabile in www.edizionieuropee.it/codice Liguria.

⁹³ Ai sensi dell'art. 43, c. 1, l.r. n. 18/2009 della Liguria, «per educazione non formale [...] si intende l'insieme di interventi educativi non finalizzati al rilascio di titoli di studio o di attestati professionali, ancorché valutabili secondo quanto stabilito nel sistema generale dei crediti formativi [...]». Essa (ai sensi dell'art. 43, c. 2) è promossa dalla Regione per concorrere ad assicurare lo sviluppo dell'identità personale e sociale dei minori, nel rispetto della libertà e della dignità della persona, nonché dei principi di uguaglianza e di pari opportunità.

⁹⁴ Cfr. l'art. 43, c. 3 e 4, l.r. n. 18/2009 della Liguria.

⁹⁵ Si v. l'art. 12, c. 2, l.r. n. 18/2009 della Liguria.

⁹⁶ Così il dettato dell'art. 12, c. 3, l.r. n. 18/2009 della Liguria.

centralità dell'azione educativa svolta dalle famiglie unitamente all'importanza del loro coinvolgimento nella vita della scuola, sia il perseguimento della corresponsabilità educativa della scuola, delle famiglie e degli studenti. Pertanto, "a quadratura del cerchio", si stabilisce che «le iniziative, che possono interessare sia il sistema dell'istruzione che gli ambiti di formazione formale, non formale e informale, sono rivolte alle famiglie e possono essere organizzate da ISA, reti di ISA, Centri provinciali per l'istruzione degli adulti, Istituzioni formative, associazioni di insegnanti, genitori e studenti e organizzazioni del volontariato e terzo settore, prevedendo, nei casi opportuni, la compresenza di genitori, tutori, curatori e figli»⁹⁷.

Successivamente alla Liguria, anche l'Emilia-Romagna ha dedicato un articolo *ad hoc* alle reti di scuole, tuttavia, circoscrive la "forza propulsiva" che le reti potrebbero dispiegare all'ambito specifico dell'educazione alla sostenibilità.

Infatti, tale Regione con la l.r. 29 dicembre 2009, n. 27 (*Promozione, organizzazione e sviluppo delle attività di informazione e di educazione alla sostenibilità*) si pone l'obiettivo di sviluppare il sistema regionale di informazione e di educazione alla sostenibilità (denominato sistema regionale INFEAS),

I Poli formativi tecnico-professionali, cui è finalizzata la costituzione di reti di scuole, sono disciplinati all'art. 23 della l.r. *de qua* ai sensi del quale: «- 1. Al fine di assicurare una maggiore stabilità e qualità dell'offerta formativa nonché una corrispondenza con i fabbisogni professionali del mercato del lavoro e superare la frammentarietà e precarietà degli interventi, la Regione istituisce Poli formativi tecnico professionali, di seguito denominati Poli formativi, quali filiere formative tematicamente omogenee e strutturalmente policentriche che collegano livelli diversi di qualifiche, titoli di studio superiori, diplomi di formazione superiore e titoli di alta formazione. - 2. I Poli formativi contribuiscono ad organizzare una rete stabile di cooperazione tra la Regione, le Province, il mondo delle imprese, le parti sociali, l'Università e i centri di ricerca, le articolazioni territoriali del MIUR, gli Istituti scolastici e gli organismi di formazione professionale, che assicurino sistematicità e continuità nella individuazione, preparazione e immissione nel mercato del lavoro regionale delle figure professionali richieste, in aree e settori individuati come strategici ai fini dello sviluppo territoriale regionale. In particolare sono obiettivi specifici dei Poli formativi: a) la sperimentazione di azioni formative innovative in raccordo con la ricerca scientifica e tecnologica; b) il collegamento tra le figure professionali e i fabbisogni formativi delle imprese con particolare riferimento al trasferimento tecnologico della innovazione; c) la promozione di progetti pilota di istruzione e formazione integrata e la diffusione dei risultati a livello multiregionale; d) il riconoscimento reciproco dei crediti formativi tra istruzione, formazione professionale, università ed imprese. - 3. I Poli formativi sono istituiti con deliberazione della Giunta regionale, sentito il Comitato regionale [per l'istruzione e la formazione quale soggetto rappresentativo del Sistema educativo regionale] di cui all'art. 69, a seguito di un accordo quadro o convenzione tra i soggetti promotori e le istituzioni coinvolte».

⁹⁷ Si v. l'art. 70, c. 1 e 2, l.r. n. 18/2009 della Liguria.

dalla piramide alla rete

in collaborazione con il sistema scolastico⁹⁸, incentivando «[...] mediante adeguati progetti formativi e sistemi di documentazione e di valutazione di strutture e attività, la continuità e la qualità delle azioni educative e comunicative attraverso il riconoscimento e la valorizzazione di centri e strutture territoriali permanenti e di scuole e istituti scolastici e loro reti che perseguono l'educazione alla sostenibilità»⁹⁹.

La Regione persegue il predetto obiettivo mediante il programma regionale INFEAS che rappresenta lo strumento di attuazione delle politiche regionali nella materia *de qua* contenente «gli indirizzi programmatici da attuare attraverso le reti di scuole per l'educazione alla sostenibilità»¹⁰⁰. In particolare, l'Emilia-Romagna, nell'ambito di tale programma: *in primis* «[...] riconosce, sostiene e valorizza le scuole e gli istituti scolastici che, anche in rete tra loro, coniugano i temi della sostenibilità con il piano dell'offerta formativa e che strutturano al proprio interno esperienze e attività permanenti di educazione alla sostenibilità»¹⁰¹; inoltre, «[...] supporta e promuove forme di co-progettazione educativa scuola-territorio per tutte le fasce di età e la partecipazione del sistema formativo allo sviluppo locale»¹⁰²; e, *last but not least*, «[...] valorizza il lavoro degli istituti scolastici e delle loro reti per l'educazione alla sostenibilità promuovendo la divulgazione delle buone pratiche e la documentazione dei percorsi didattici anche attraverso banche-dati e strumenti informatici»¹⁰³.

Peraltro, questo *trend*, caratterizzato complessivamente dalla scarsità di discipline regionali che dedicano un'attenzione specifica alla contestualizzazione organica del ruolo che potrebbero giocare le reti di scuole, non viene scalfito nemmeno dall'analoga tendenza che si è potuta registrare a livello delle Regioni speciali.

Alcune di esse sono state più tempestive rispetto alle Regioni ordinarie nel prevedere discipline che contenessero sia dei riferimenti sporadici alle reti sia disposizioni *ad hoc* per le medesime, sin dall'anno successivo a

⁹⁸ In conformità ai principi in materia di educazione allo sviluppo sostenibile sanciti dall'ONU, dall'UNESCO e dall'UNECE, nonché ai principi vigenti nel nostro ordinamento ed in quello dell'UE in materia di diritto all'informazione sull'ambiente e sulla sostenibilità. Cfr. l'art. 1, c. 1, lett. e), l.r. 29 dicembre 2009, n. 27 dell'Emilia-Romagna "Promozione, organizzazione e sviluppo delle attività di informazione e di educazione alla sostenibilità", consultabile in <http://demetra.regione.emilia-romagna.it>.

⁹⁹ Si v. l'art. 1, c. 1, lett. f), l.r. n. 27/2009 dell'Emilia-Romagna.

¹⁰⁰ Così dispone l'art. 3, c. 3, lett. e), l.r. n. 27/2009 dell'Emilia-Romagna.

¹⁰¹ Si v. l'art. 5, c. 1, l.r. n. 27/2009 dell'Emilia-Romagna.

¹⁰² Così il dettato dell'art. 5, c. 2, l.r. n. 27/2009 dell'Emilia-Romagna.

¹⁰³ In questi termini l'art. 5, c. 3, l.r. n. 27/2009 dell'Emilia-Romagna.

quello dell'adozione del Regolamento sull'autonomia delle istituzioni scolastiche.

La Valle d'Aosta si è attivata per prima con riferimenti generici alle reti, dal momento che, nel dettare norme in materia di autonomia delle istituzioni scolastiche, prevede: per un verso, che l'amministrazione scolastica regionale (nel limite della dotazione organica complessiva dei ruoli regionali del personale scolastico dirigente, docente ed educativo stabilita dalla Giunta regionale) possa attuare interventi perequativi a favore di singoli istituti scolastici o di reti di scuole affinché realizzino progetti innovativi di particolare rilevanza od attivino iniziative di supporto per particolari situazioni di disagio e di insuccesso scolastico; per altro verso, che la Giunta regionale possa parimenti istituire, nuovi posti di personale amministrativo, tecnico ed ausiliario regionale (ATAR) – in via provvisoria e in eccedenza alla dotazione organica complessiva del personale ATAR da essa stabilita con cadenza annuale – qualora un'istituzione scolastica oppure una rete di scuole intenda realizzare progetti innovativi di particolare rilevanza¹⁰⁴.

Questa stessa Regione ha anche il primato per aver dedicato tempestivamente (all'art. 12, l.r. 26 luglio 2000, n. 19 “Autonomia delle istituzioni scolastiche”) una specifica disposizione alle reti, insieme alla Provincia di Bolzano (all'art. 9, l.p. 29 giugno 2000, n. 12, “Autonomia delle scuole”). Cionondimeno, la lettura delle due disposizioni è deludente, perché in entrambi i casi esse si limitano a riprodurre quasi testualmente (nel primo caso), oppure più in sintesi (nel secondo caso), il dettato dell'art. 7, d.P.R. 275/1999 senza alcuna ulteriore indicazione.

Più interesse suscitano, invece, altre due norme dedicate all'ampliamento dell'offerta formativa. La prima è l'art. 17, c. 1, della l.r. valdostana da ultimo citata secondo cui ciascuna scuola, da sola oppure collegata in rete o consorziata, realizza ampliamenti dell'offerta formativa consistenti in «[...] ogni iniziativa ulteriore rispetto al curriculum obbligatorio e coerente con le proprie finalità, in favore dei propri alunni, della popolazione giovanile e degli adulti, coordinandosi con eventuali iniziative promosse dal contesto culturale, sociale ed economico della realtà locale»¹⁰⁵. La seconda, che si ca-

¹⁰⁴ Cfr. l'art. 6, c. 3, l.r. 26 luglio 2000, n. 19 della Valle d'Aosta “Autonomia delle istituzioni scolastiche” e l'art. 2, c. 3, l.r. 28 luglio 2000, n. 21 della Valle d'Aosta “Nuove disposizioni sulla disciplina del personale amministrativo, tecnico ed ausiliario delle istituzioni scolastiche ed educative dipendenti dalla Regione (ATAR). Abrogazione delle leggi regionali 27 dicembre 1979, n. 81, 10 maggio 1985, n. 31 e 11 maggio 1998, n. 29”, entrambe consultabili in www.consiglio.regione.vda.it/banche_dati/leggi_regolamenti_i.asp.

¹⁰⁵ Si v. l'art. 17, c. 1, l.r. n. 19/2000 della Valle d'Aosta.

dalla piramide alla rete

ratterizza per una formulazione più compiuta, è contenuta nell'art. 10 della l.p. sopra richiamata ai sensi del quale: «nell'esercizio dell'autonomia organizzativa e didattica le istituzioni scolastiche, singolarmente, collegate in rete o tra loro consorziate, possono realizzare ampliamenti dell'offerta formativa [-] che tengano conto delle esigenze del contesto culturale, sociale ed economico delle realtà locali [-] [...] consist[enti] in iniziative coerenti con le proprie finalità, in favore dei propri alunni e [...] alunne, dei giovani in età scolare e degli adulti [...]. Le iniziative prevedono anche l'utilizzazione delle strutture e delle tecnologie in orari extrascolastici, raccordi con il mondo del lavoro e iniziative di partecipazione a programmi provinciali, nazionali e comunitari nonché di istituzioni pubbliche interne ed estere»¹⁰⁶.

Più di recente la Provincia di Bolzano è tornata sull'argomento, facendo un cenno alle reti nell'ambito degli interventi in materia di diritto allo studio, affidando alla Provincia il compito di promuovere l'integrazione scolastica e sociale degli studenti stranieri avvalendosi dell'attività extrascolastica dei centri linguistici, operanti a favore delle scuole italiane, tedesche e ladine di ogni ordine e grado, che realizzano progetti di educazione interculturale e offrono consulenza e supporto alle istituzioni scolastiche ed

¹⁰⁶ Dispone così l'art. 10, c. 1, l.p. 29 giugno 2000, n. 12 di Bolzano "Autonomia delle scuole", consultabile in <http://lexbrowser.provinz.bz.it/it>. Gli ampliamenti dell'offerta formativa, citati *supra* nel corpo del testo, consistono in iniziative specificate all'articolo in parola nei c. successivi secondo i quali: «- 2 I curricoli obbligatori delle istituzioni scolastiche possono essere arricchiti con discipline e attività facoltative, tenendo conto delle aspettative delle famiglie e, nelle scuole secondarie superiori, anche degli studenti e delle studentesse. Le istituzioni scolastiche programmano tali iniziative in favore dei propri alunni e delle proprie alunne nonché dei giovani in età scolare anche sulla base di accordi con i comuni, con altri enti, con organizzazioni sociali ed economiche, con associazioni o con privati. - 3 Le iniziative in favore degli adulti sono finalizzate al conseguimento dei titoli di studio corrispondenti agli indirizzi di studio della singola istituzione scolastica. Le predette iniziative possono realizzarsi, sulla base di specifica progettazione, anche mediante il ricorso a metodi e strumenti di autoformazione e a percorsi formativi personalizzati. Per l'ammissione ai corsi e per la valutazione finale possono essere fatti valere crediti formativi maturati anche nel mondo del lavoro, debitamente documentati, qualifiche professionali conseguite nelle scuole di formazione professionale e accertate esperienze di autoformazione. Il collegio dei docenti valuta tali crediti ai fini della personalizzazione dei percorsi didattici, che può implicare una loro variazione e riduzione. - 4 Le iniziative non finalizzate al conseguimento dei titoli di cui al c. 3, e che devono essere coerenti con gli indirizzi dell'istituzione scolastica proponente, sono raccordate ai sensi del principio di sussidiarietà con le iniziative programmate dalle agenzie di educazione permanente di cui alla l.p. 7 novembre 1983, n. 41. - 5 Le istituzioni scolastiche possono promuovere specifiche iniziative di informazione e aggiornamento destinate ai genitori degli alunni e delle alunne».

alle reti di scuole, anche in collaborazione con organizzazioni di educazione permanente¹⁰⁷.

Anche il legislatore del Friuli Venezia Giulia si è occupato di reti, peraltro in modo alquanto laconico, disponendo che la Regione coopera con l'U.S.R. per coordinare le iniziative volte a garantire un armonico inserimento dell'insegnamento della lingua friulana nell'ambito di un percorso educativo plurilingue che comprende l'apprendimento di lingue minoritarie storiche allo scopo di valorizzare la peculiarità regionale. A tal fine la Regione dà impulso al coordinamento tra le istituzioni scolastiche e sostiene la costituzione di reti di scuole effettuando trasferimenti finanziari agli istituti scolastici in base al numero delle ore di insegnamento della lingua friulana comunicate dall'U.S.R.¹⁰⁸.

In ultima analisi, anche dalla disamina della normativa delle Regioni speciali emerge che soltanto la l.p. 7 agosto 2006, n. 5 della Provincia di Trento "Legge provinciale sulla scuola" si segnala per aver introdotto una disciplina organica delle reti di scuole. Innanzitutto, è palese una visione più matura del legislatore trentino sulla tematica in oggetto se si presta attenzione alla circostanza che la disposizione specifica sulle reti è collocata significativamente nella Sezione rubricata "Forme d'integrazione tra istituzioni e con il territorio". Appunto, ai sensi dell'art. 19 le istituzioni scolastiche e formative provinciali possono operare mediante accordi di rete, ovviamente per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, ma (ed è questo il dato più interessante che si rileva) anche per la migliore utilizzazione delle risorse ed il contenimento dei costi. Inoltre, «per individuare le modalità e i criteri per l'applicazione di quest'articolo la Provincia può approvare specifici atti d'indirizzo, individuando anche i casi in cui devono essere attivate le reti, in relazione all'utilizzo delle risorse strumentali o alla gestione di servizi comuni»¹⁰⁹.

In coerenza con tale "impianto programmatico", il piano provinciale per il sistema educativo regola la distribuzione sul territorio degli edifici delle istituzioni scolastiche e formative dotati di strutture per il gioco e di impianti sportivi il cui dimensionamento e la cui localizzazione reputati ot-

¹⁰⁷ Cfr. l'art. 14, c. 6, l.p. 28 ottobre 2011, n. 12 di Bolzano "Integrazione delle cittadine e dei cittadini stranieri", consultabile in <http://lexbrowser.provinz.bz.it/it>.

¹⁰⁸ Cfr. l'art. 12, c. 1, l'art. 13, c. 1 e 2, l'art. 15, c. 1, l.r. 18 dicembre 2007, n. 29 del Friuli Venezia Giulia "Norme per la tutela, valorizzazione e promozione della lingua friulana", consultabile in <http://lexview-int.regione.fvg.it/FontiNormative/xml/index.aspx>.

¹⁰⁹ Così dispone l'art. 19, c. 3, l.p. 7 agosto 2006, n. 5 di Trento "Legge provinciale sulla scuola", consultabile in www.consiglio.provincia.tn.it/banche_dati.it.asp.

dalla piramide alla rete

timali sono progettati in modo da «favorire l'integrazione tra più istituzioni scolastiche e formative anche mediante la stipulazione di accordi di rete, [...] [e] permettere il coordinamento e la migliore utilizzazione delle attrezzature, degli strumenti e dei servizi»¹¹⁰. La Provincia detta altresì i criteri per l'assegnazione dell'organico a ciascuna scuola secondo parametri che tengono conto anche delle correlate esigenze di funzionamento, sia nell'attuazione dell'autonomia didattica ed organizzativa, sia con riferimento all'attivazione di reti con altri istituti scolastici¹¹¹.

Degna di nota è pure la previsione in base alla quale ogni istituzione scolastica e formativa, in relazione all'eventuale stipulazione¹¹² di accordi di rete, prende in considerazione, compatibilmente con l'organizzazione complessiva, le rilevazioni (da effettuarsi con modalità e tempi definiti dalla Giunta provinciale) delle necessità organizzative e formative manifestate dalle famiglie anteriormente all'iscrizione ai diversi cicli scolastici¹¹³; nonché quella secondo cui «le istituzioni scolastiche e formative, anche in rete tra loro, progettano, attuano, verificano e valutano percorsi in alternanza mediante apposite convenzioni con soggetti pubblici e privati del mondo del lavoro, ivi compreso il terzo settore, disponibili ad accogliere gli studenti per periodi di apprendimento in una situazione lavorativa che non costituisce rapporto individuale di lavoro. Per l'attuazione di questo c. la Provincia definisce i requisiti dei soggetti che realizzano percorsi in alternanza»¹¹⁴.

A conclusione della disamina della legislazione regionale intervenuta in materia di istruzione, sembra, quindi, si possa affermare che, salvo poche eccezioni, le Regioni possano ancora sfruttare meglio gli spazi loro riservati, come competenza legislativa concorrente, per quanto concerne la programmazione della rete scolastica.

¹¹⁰ Si v. l'art. 105, c. 2, lett. b), l.p. n. 5/2006 di Trento.

¹¹¹ Cfr. l'art. 86, c. 2, l.p. n. 5/2006 di Trento.

¹¹² Ai sensi dell'art. 22, l.p. n. 5/2006 di Trento: «- 1. Il consiglio dell'istituzione scolastica e formativa, nel rispetto delle scelte didattiche definite dal collegio dei docenti e delle linee organizzative e dei principi definiti nello statuto, è l'organo di governo dell'istituzione e ha compiti d'indirizzo, di programmazione e di valutazione delle attività dell'istituzione. - 2. In particolare il consiglio approva: [...] g) [...] le convenzioni che regolano gli accordi di rete».

¹¹³ Cfr. l'art. 56, c. 2 *bis* e 2 *ter*, l.p. n. 5/2006 di Trento.

¹¹⁴ Così il dettato dell'art. 65, c. 2, l.p. n. 5/2006 di Trento.

5. I modelli di “reti di scuole” ricavabili dalla prassi

Sebbene la legislazione regionale, come si è potuto constatare, non abbia sempre valorizzato le potenzialità che le reti potrebbero esplicare come strumenti di collaborazione tra le scuole, nonostante i maggiori “stimoli” ricavabili dalla normativa statale sia *de iure condito*¹¹⁵ che *de iure condendo*¹¹⁶, nella prassi si può registrare la presenza su tutto il territorio nazionale di numerose esperienze di reti tra istituzioni scolastiche¹¹⁷ che hanno consentito alla dottrina di effettuare una catalogazione.

In via preliminare, occorre prestare attenzione a non confondere il concetto di rete con quello di *networking*. Mentre con il primo si intendono quelle forme di cooperazione strutturate tra istituzioni scolastiche, in quanto individuabili in base ad un atto di formalizzazione, anche se non necessariamente *sine die*; con il secondo si fa riferimento alle altre forme di collaborazione tra scuole caratterizzate da scambi interorganizzativi, sia istituzionali che non, con i quali si instaurano delle relazioni formali oppure informali, ma generalmente accomunate da un basso livello di finalizzazione definito “campo (inter)organizzativo” che, eventualmente, in seguito potrà specializzarsi ed evolversi in reti¹¹⁸.

Come chiaramente messo in luce dall’analisi condotta dall’Associazione TreeLLLe: «le reti [...] hanno una doppia valenza, di apertura verso l’esterno e di tutela. Nella prima versione, le scuole cercano – tramite la negoziazione con gli altri attori – di acquisire risorse, competenze, ma anche stimoli e riconoscimenti per la propria attività; nella seconda versione esse,

¹¹⁵ Si rinvia alle considerazioni svolte, *supra*, nel par. 3.

¹¹⁶ Si rimanda all’analisi contenuta, *infra*, nelle considerazioni conclusive.

¹¹⁷ Con riferimento agli studi che trattano le tipologie di reti sviluppabili nel sistema dell’istruzione, *ex multis*, si segnalano: Ministero della Pubblica Istruzione, *Programma Integrato di Cambiamento Tecnologico-Organizzativo. La Pubblica Istruzione-Rete. Rapporto di ricerca*, IRS-Istituto per la ricerca sociale, 31 marzo 1999, in www.aetnanet.org/download/PICTO/MPI-Picto-rete-18.pdf; M. Carbognin, *Reti di scuole e scuole in rete*, in F. Butera, B. Coppola, A. Fasulo, E. Nunziata, *Organizzare le scuole nella società della conoscenza*, Carocci, Roma, 2002, 223 ss.; G.C. Rattazzi, *L’associazionismo tra scuole*, in Osservatorio sulla scuola dell’autonomia, Fondazione per la Scuola della Compagnia di San Paolo (a cura di), *Rapporto sulla scuola dell’autonomia 2003*, Luiss Edizioni – Armando Editore, Roma, 2003, 268 ss.; V. Gibellini, M. Peracchi, A.M. Persico, *Progettare in rete. Una nuova risorsa per la scuola dell’autonomia*, Edizioni Junior, Azzano San Paolo, 2004, 72 ss.

¹¹⁸ Cfr. Fondazione per la Scuola della Compagnia di San Paolo, *Reti e networking nella governance del servizio scolastico. L’esperienza nella Regione Veneto*, in www.fondazione scuola.it/magnoliaPublic/iniziative/ricerca-reti/caso-veneto/risultati/report.html, 5 s.

dalla piramide alla rete

mettendosi in rete, cercano di aumentare la loro capacità di vincere la debolezza intrinseca di scuole isolate nei confronti [dei] soggetti istituzionali. Possiamo così distinguere due tipologie diverse di scuole [...]: – le prime (reti di scopo) rispondono alle funzioni richiamate dall'art. 7 del regolamento dell'autonomia e sono in generale temporanee, legate ad un obiettivo circoscritto, non necessariamente legate al medesimo territorio. La loro organizzazione interna non è molto complessa ed è segnata da una certa informalità; – le seconde sono le reti di rappresentanza politico-istituzionale, sono tendenzialmente stabili e strettamente collegate ad un territorio, che però non coincide sempre con le tradizionali ripartizioni amministrative del Paese (Comuni, Province, Regioni). Ce ne sono infatti anche interregionali e nazionali¹¹⁹. Il numero delle scuole della rete tende a coincidere con la totalità delle scuole di un territorio, altre volte invece raggruppano le scuole di un medesimo indirizzo (istituti comprensivi, licei, istituti tecnici, etc.). La struttura organizzativa è quindi generalmente più complessa e i livelli di rappresentanza degli organi interni sono studiati e formalizzati con particolare attenzione»¹²⁰.

Inoltre, dallo studio delle reti di scuole operanti nei vari territori regionali, all'interno del macro-insieme delle “reti di scopo” si possono enucleare tre diverse categorie: la prima prende il nome di “reti strumento” qualora la ragione costitutiva della rete sia una gestione più efficiente ed efficace delle risorse esistenti oppure il reperimento di risorse ulteriori; la seconda, “reti progetto” nel caso in cui la rete sia attivata per erogare un servizio che altrimenti le istituzioni scolastiche *uti singule* non sarebbero in condizione di svolgere e, per questa ragione, essa può avere una durata determinata; infine, la terza denominata “reti soggetto”, ove il motivo che determina la costituzione della rete sia l'attuazione di una politica o l'erogazione di un servizio, presentandosi all'esterno come un soggetto nuovo, e distinto dai singoli componenti della rete, che solitamente ha una durata indeterminata¹²¹.

¹¹⁹ Allo scopo di promuovere il rafforzamento dell'autonomia scolastica, il 27 luglio 2001, è stata costituita la Federazione Nazionale delle Associazioni delle Scuole Autonome – FNASA di cui fanno parte tutte le ASA (Associazioni delle scuole autonome) operanti a livello regionale. Tale Federazione è l'unico soggetto a livello nazionale che rappresenta le ASA ed ha sede legale presso l'ANCI. Per ulteriori approfondimenti, si rimanda alla consultazione del sito istituzionale www.associazionescuole.it.

¹²⁰ In questo senso Associazione TreeLLe, *Per una scuola autonoma e responsabile. Analisi, confronti e proposte*, cit., 87 s.

¹²¹ Cfr. Fondazione per la Scuola della Compagnia di San Paolo, *Reti e networking nella governance del servizio scolastico. L'esperienza nella Regione Veneto*, cit., 6 s.

Ancora, le reti possono essere: “chiuse” ossia composte da sole istituzioni scolastiche e, a loro volta, “orizzontali” (cioè formate da scuole tutte dello stesso grado) oppure “verticali” (quando risultano costituite da scuole di grado diverso); “aperte” ossia formate non solo da istituzioni scolastiche, ma anche da soggetti esterni al modo della scuola (quali, ad esempio, l’U.S.R., l’U.S.P., la Regione, gli Enti locali, le A.S.L., i Centri di formazione professionale, le Camere di Commercio, altre associazioni professionali o di categoria, le associazioni di volontariato, le associazioni culturali, le Università, le fondazioni)¹²².

6. Considerazioni conclusive: una nuova direzione di sviluppo “in rete” per l’autonomia scolastica?

Al fine di “tirare le somme” della ricerca che si è condotta, pare irrinunciabile riflettere sul significato che ha assunto l’organizzazione a rete rispetto all’evoluzione dell’autonomia scolastica.

Un primo dato significativo: malgrado, come si è visto¹²³, la normativa nazionale abbia preso in considerazione le reti di scuole in modo diversificato sia dal punto di vista temporale che sostanziale, la politica di riforma in materia di istruzione portata avanti nella XVI Legislatura sembra segnare un punto di discontinuità rispetto al passato. Tant’è che questa tendenza emerge chiaramente da una nota del MIUR nella quale – preso atto della costituzione di molteplici reti di scuole in diverse Regioni ed, in particolar modo, di reti con funzioni di rappresentanza nei rapporti con gli Enti territoriali – si invitavano i dirigenti delle scuole capofila di reti a partecipare ad un “incontro esplorativo” presso il Ministero al fine di acquisire utili suggerimenti sulle questioni più urgenti interessanti lo sviluppo dell’autonomia scolastica¹²⁴.

¹²² Cfr. Fondazione per la Scuola della Compagnia di San Paolo, *ivi*, 36 ss. Si segnala che una ricerca, condotta sul livello di apertura all’esterno delle reti di scuole presenti nella Regione Liguria, rileva che le reti “aperte” rappresentano il 54,3 % del totale e che in esse i soggetti esterni (i.e. non scuole) assumono il ruolo di membri (quindi alla pari con le scuole) e non di semplici collaboratori. Sul punto si cfr. Assessorato istruzione formazione e università della Regione Liguria – Dipartimento di Scienze antropologiche sezione di sociologia dell’Università degli Studi di Genova, *Le reti scolastiche liguri. Caratteristiche e potenzialità*. Rapporto finale di ricerca, 28 marzo 2011.

¹²³ Si rimanda all’analisi svolta, *supra*, nel par. 3.

¹²⁴ Cfr. Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca – Dipartimento per l’Istruzione – Direzione Generale per gli Ordinamenti Scolastici e per l’Autonomia Scolastica

dalla piramide alla rete

Anche *de iure condendo* si ravvisano segnali in questa direzione. Infatti, è in discussione il testo unificato del d.d.l.A.C. 953 Aprea e abbinate recante “Norme per l’autogoverno delle istituzioni scolastiche statali”¹²⁵. L’art. 10 di tale testo unificato, rubricato “Costituzione di Reti e Consorzi a sostegno dell’autonomia scolastica”, prevede al c. 1 che le I.S.A. – nel rispetto dell’art. 7, d.P.R. 275/1999 e dei requisiti, delle modalità e dei criteri che saranno fissati con regolamento adottato ai sensi dell’art. 17, c. 1, l. 23 agosto 1988, n. 400 e s.m.i. – potranno promuovere oppure partecipare alla costituzione di reti, consorzi e associazioni di scuole allo scopo di esercitare un migliore coordinamento tra le scuole stesse. I “partner” delle scuole, ai sensi del c. 2, potranno essere soggetti pubblici e privati, fondazioni, associazioni di genitori o di cittadini, organizzazioni non profit¹²⁶.

Cionondimeno, già l’art. 7, Regolamento sull’autonomia scolastica: conferiva a ciascuna scuola la possibilità di costituire od aderire a consorzi¹²⁷

stica, *Incontro con le associazioni e le reti di scuole di dimensione regionale e interregionale*, Roma, 24 gennaio 2012, in www.istruzione.it/web/istruzione/prot342_12#destinatari, di cui si riporta un passaggio significativo: «[...] l’attuazione delle politiche di miglioramento del servizio scolastico potrebbero trarre un significativo beneficio dalla presenza di organismi di coordinamento delle scuole autonome operanti sul territorio anche attraverso una sistematica interlocuzione con gli enti locali competenti in materia di istruzione».

¹²⁵ Al momento in cui si scrive, nell’ultima seduta, tenutasi in data 6 agosto 2012, la VII C.sione Cultura, scienza e istruzione della Camera dei Deputati ha deliberato di adottare come nuovo testo base, per il prosieguo della discussione in sede legislativa, il testo unificato elaborato nel corso dell’esame in sede referente. Cfr. Camera Dei Deputati – Cultura, scienza e istruzione (VII) – Sede Legislativa, Resoconto sommario della seduta di lunedì 6 agosto 2012, 5 s., consultabile in www.camera.it.

¹²⁶ Inoltre, « - 1. [...] Le Autonomie scolastiche possono altresì ricevere contributi da fondazioni finalizzati al sostegno economico della loro attività, per il raggiungimento degli obiettivi strategici indicati nel piano dell’offerta formativa e per l’innalzamento degli standard di competenza dei singoli studenti e della qualità complessiva dell’istituzione scolastica [...] - 3. A tutela della trasparenza e delle finalità indicate al c. 1, le istituzioni scolastiche devono definire annualmente, nell’ambito della propria autonomia, gli obiettivi di intervento e i capitoli di spesa relativi alle azioni educative cofinanziate attraverso il contributo economico ricevuto dai soggetti pubblici e privati, fondazioni, associazioni e organizzazioni non profit [...]. Contributi superiori a 5000 euro potranno provenire soltanto da enti che per legge o per statuto hanno l’obbligo di rendere pubblico il proprio bilancio». Si v. Camera Dei Deputati – Cultura, scienza e istruzione (VII) – Sede Legislativa, Resoconto sommario della seduta di lunedì 6 agosto 2012. Allegato I (Testo unificato elaborato in sede referente, adottato come nuovo testo base), 16 s., consultabile in www.camera.it.

¹²⁷ Secondo una proposta operativa elaborata dall’Associazione TreeLLLe «la globalizzazione e la competizione internazionale richiedono che i diversi soggetti a vario titolo protagonisti dello sviluppo socio-economico si contaminino creativamente per dare luogo a

pubblici e privati per assolvere compiti istituzionali coerenti col piano dell'offerta formativa e per l'acquisizione di servizi e beni che facilitino lo svolgimento dei compiti di carattere formativo (c. 10); dava alle scuole, sia singolarmente che collegate in rete, la facoltà di stipulare convenzioni con Università statali o private, ovvero con istituzioni, enti, associazioni o agenzie operanti sul territorio (c. 8); nonché offriva, anche al di fuori dell'ipotesi di accordi di rete tra scuole, la possibilità di partecipare ad accordi e convenzioni per il coordinamento di attività di comune interesse che coinvolgono, su progetti determinati, più scuole, enti, associazioni del volontariato e del privato sociale (c. 9)¹²⁸. Tuttavia, come rilevato dal Servizio Studi della Camera dei Deputati, «[...] mentre nell'assetto normativo vigente le istituzioni scolastiche procedono liberamente alla stipula di convenzioni, ovvero alla costituzione e adesione ad accordi di rete e a consorzi, in base all'art. 10 in esame esse dovranno rispettare requisiti, modalità e criteri indicati con un regolamento adottato ai sensi dell'art. 17, c. 1, l. 400/1988»¹²⁹.

Ovviamente, prima di poter esprimere una valutazione definitiva sul pdl. *de quo* occorrerà attendere la conclusione del suo *iter* ed il suo auspicabile coordinamento con il dettato dell'art. 50, l. 35/2012, ma, in ogni caso, pare che l'orientamento del legislatore statale, mutuando la terminologia utilizzata da un insigne studioso di organizzazioni complesse, stia evolvendo dall'originaria (*ex art. 7, d.P.R. 275/1999*) possibilità di attivazione, rimessa alla singola istituzione scolastica, di un'«[...] impresa rete naturale [- definita come] quel sistema di riconoscibili e multiple connessioni e strutture entro cui operano “nodi” ad alto livello di autoregolazione (sistemi aperti vitali) capaci di cooperare fra loro (ossia di condurre vari tipi di transazioni efficaci) in vista di fini comuni o di risultati condi-

tutte le sinergie possibili. Di qui una nuova attenzione per l'avvio di quel rapporto tra scuola, università, imprese e territorio che, laddove è stato realizzato, ha costituito un indiscutibile elemento strategico di successo»: i Poli di settore che si potrebbero configurare giuridicamente come consorzi costituiti da diversi soggetti, formativi e non, afferenti al medesimo settore di attività economica. Si v. Associazione TreeLLLe, *L'istruzione tecnica. Un'opportunità per i giovani, una necessità per il paese*, Quaderno n. 8 dicembre 2008, Tipografia Araldica, Genova, 2008, 28 e 184; per uno studio approfondito sui Poli di settore, si rimanda *amplius* 173 ss.

¹²⁸ Si rinvia all'art. 56, c. 2, 3 e 4, d.l. 44/2001 per la disciplina delle intese di collaborazione delle istituzioni scolastiche, singolarmente o nella forma dell'accordo di rete, con soggetti pubblici e con agenzie formative private.

¹²⁹ In questo senso si v. Servizio Studi – Dipartimento istituzioni, “*Norme per l'autogoverno delle istituzioni scolastiche statali – A.C. 953 e abb. – Testo unificato – Elementi per la valutazione degli aspetti di legittimità costituzionale*”, Dossier di documentazione – Camera dei Deputati – XVI Legislatura, Note per la I C.s. sione affari costituzionali n. 380, 27 marzo 2012, cit.

dalla piramide alla rete

visi»¹³⁰ – verso un diverso assetto (*ex art. 50, l. 35/2012 e art. 10, pdl. A.C. 953 Aprea e abbinate*) – volto ad istituzionalizzare le “economie di scala” emerse dalla spontanea costituzione di reti di scuole – definibile come «impresa rete governata, allorché soggetti [...] pubblici provvedano in maniera intenzionale a progettare [...] nel suo complesso un sistema come quello descritto [...]»¹³¹.

In altre parole, quest'ultimo orientamento del legislatore statale sembra discostarsi profondamente dal “vecchio” modello di reti di scuole introdotto dall'art. 7, d.P.R. 275/1999 che si potrebbe definire *bottom-up* sia per quanto concerne l'*an* sia per quanto riguarda il *quomodo* della rete, giacché – come si è illustrato – ciascuna istituzione scolastica nell'esercizio della sua autonomia funzionale aveva la facoltà di attivarsi o meno per promuovere liberamente (non dovendo rispettare precisi requisiti e modalità sanciti a priori dal legislatore) accordi di rete, oppure per aderire ad essi, al fine di un migliore raggiungimento delle proprie finalità istituzionali che potevano essere individuate discrezionalmente dalla scuola all'interno di un ampio ventaglio di possibilità previste dal citato Regolamento sull'autonomia. Diversamente, invece, il “nuovo” modello di reti di scuole prefigurato sia dall'art. 50 della l. 35/2012, sia dall'art. 10 del pdl. A.C. 953 Aprea e abbinate, pare confarsi maggiormente ad un'impostazione *top-down* per quanto concerne il *quomodo*, ossia le modalità e le finalità della rete, mentre presenta tratti non perfettamente coerenti nelle due disposizioni appena richiamate per quanto riguarda l'*an* della rete, ossia a quale soggetto compete la decisione di costituire la rete. Difatti, tale impostazione *top-down* si sostanzia chiaramente sia nell'*an* sia nel *quomodo* nell'art. 50, l. 35/2012, in cui, a ben vedere, il legislatore dichiara di voler consolidare e sviluppare l'autonomia scolastica, ma poi rimanda all'adozione di successive linee guida ministeriali la definizione delle modalità costitutive di una precisa tipologia di reti su base territoriale la cui principale finalità coincide con il conseguimento di una gestione ottimale in termini di risorse umane, strumentali e finanziarie necessarie per il funzionamento delle scuole. Invece, tale impostazione *top-down* emerge in modo “ibrido” nell'art. 10 del pdl. A.C. 953 Aprea e abbinate perché, per un verso, il legislatore, prevedendo che ogni I.S.A. possa promuovere o partecipare a reti di scuole, sembra “riallinearsi” per quanto riguarda l'*an* della rete allo “spirito” del Regolamento sull'autonomia del

¹³⁰ Così F. Butera, *Il castello e la rete. Impresa, organizzazioni e professioni nell'Europa degli anni '90*, Franco Angeli, Milano, 1991, 60.

¹³¹ In questi termini ancora F. Butera, *ivi*, 68 s.

1999; per altro verso, l'impostazione *top-down* si riafferma per quanto concerne il *quomodo*, sia perché la disposizione rinvia all'adozione di un successivo regolamento la fissazione dei requisiti, delle modalità e dei criteri costitutivi delle reti, sia perché tali reti si costituiscono soltanto allo scopo di esercitare un migliore coordinamento delle scuole partecipanti.

Non potendo svolgere ulteriori considerazioni sull'art. 10 del pdl Aprea, perché al momento in cui si scrive tale disposizione è ancora suscettibile di modifiche, preme focalizzare l'attenzione sul diritto vigente, ossia soltanto sull'art. 50 della legge di conversione del c.d. "decreto semplificazioni", in quanto, ad oggi, il MIUR non ha ancora provveduto all'adozione delle sopra richiamate linee guida.

Ciononostante, i rilievi che possono essere compiuti ad una prima lettura della disposizione in parola non sono di poco conto. Infatti, nella complessiva opera di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche attualmente in atto, il legislatore statale sembra voler conseguire due obiettivi: da un lato, in un contesto di *governance* caratterizzato da un «sistema policentrico esplosivo»¹³² manifesta un'esigenza di semplificazione, ormai avvertita come imprescindibile nell'eccezionale periodo di emergenza finanziaria che stiamo vivendo e dalla correlata necessità di rispettare i vincoli di bilancio imposti dall'Unione europea; dall'altro lato, si mostra incline ad indicare una "nuova via" di sviluppo dell'autonomia funzionale delle scuole che potremmo definire "autonomia per associazione di autonomie".

Peraltro, ad un esame più attento, si può rilevare come questa "nuova via" di sviluppo per l'autonomia funzionale delle scuole non rappresenti una tendenza disarmonica se rapportata alla linea di sviluppo tracciata dal legislatore per l'altra tipologia di autonomia operante a livello locale: l'autonomia territoriale dei Comuni. Infatti, la parabola di sviluppo delle unioni di Comuni¹³³ ha subito dal 2000 ad oggi una "metamorfosi evolutiva" analoga a quella che, come abbiamo visto poc'anzi, ha interessato le reti di

¹³² Così F. Pizzetti, *Le nuove esigenze di governance in un sistema policentrico "esplosivo"*, in *Reg.*, 2001, 1153 ss.

¹³³ Per approfondimenti sulle Unioni di Comuni, si v.: F. Calzavara, *La premialità fiscale come strumento per favorire le unioni dei Comuni*, in *www.federalismi.it*, 2010, n. 15, 9 ss.; P. Bilancia, *L'associazionismo obbligatorio dei Comuni nelle più recenti evoluzioni legislative*, in *www.federalismi.it*, 2012, n. 16, 1 ss.; V. Tondi della Mura, *La riforma delle Unioni di comuni fra "ingegneria" e "approssimazione" istituzionali*, in *www.federalismi.it*, 2012, n. 2, 1 ss.; S. Gambino, *Riordino delle province e (obbligatorietà dell'esercizio associato delle) funzioni comunali: qualche dubbio sulla idoneità di una legge di spesa a farsi carico delle esigenze di attuazione (sia pure parziale) della Carta delle autonomie*, in *www.astrid-online.it/rassegna/05-09-2012/Gambino-6agosto2012.pdf*, 1 ss.

dalla piramide alla rete

scuole. Parimenti anche per le associazioni tra Comuni si è passati da un “vecchio modello facoltativo” previsto dall’art. 32 TUEL di cui al d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 – ai sensi del quale la costituzione delle Unioni di Comuni si fondava su di una decisione volontaria da parte di due o più Comuni, di norma contermini, allo scopo di esercitare congiuntamente una pluralità di funzioni di loro competenza – ad un “nuovo modello obbligatorio” – da ultimo disciplinato dall’art. 19, c. 1, lett. *b*) e *c*), d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, c.d. *spending review* – che per i Comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti, ovvero fino a 3.000 abitanti se appartengono o sono appartenuti a comunità montane, individua un ventaglio di nove funzioni fondamentali comunali¹³⁴ da svolgersi obbligatoriamente in forma associata mediante la costituzione di Unioni di Comuni¹³⁵.

Un secondo aspetto consequenziale: visto che l’intervento riformatore del legislatore statale pare stia mutando il modo di interpretare il concetto di autonomia, giacché – in un assetto di complessiva semplificazione/uniformazione che sembrerebbe volto anche a fugare la possibile proliferazione di differenziazioni regionali dei modelli reticolari – essa viene “indirizzata dal centro” ad essere esercitata in predeterminate tipologie di rete, si reputa non sia una riflessione sterile chiedersi quale potrebbe essere a livello teorico il modello di rete di scuole più adeguato a gestire la complessità del contesto territoriale di riferimento. Invero, non si può trascurare che «quello del rapporto con il territorio è un nodo che ri-

¹³⁴ Ossia, come dispone l’art. 19, c. 1, lett. *a*), l. 135/2012: «[...] sono funzioni fondamentali dei comuni, ai sensi dell’art. 117, c. 2, lett. *p*), della Costituzione: a) organizzazione generale dell’amministrazione, gestione finanziaria e contabile e controllo; b) organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale; c) catasto, ad eccezione delle funzioni mantenute allo Stato dalla normativa vigente; d) la pianificazione urbanistica ed edilizia di ambito comunale nonché la partecipazione alla pianificazione territoriale di livello sovracomunale; e) attività, in ambito comunale, di pianificazione di protezione civile e di coordinamento dei primi soccorsi; f) l’organizzazione e la gestione dei servizi di raccolta, avvio e smaltimento e recupero dei rifiuti urbani e la riscossione dei relativi tributi; g) progettazione e gestione del sistema locale dei servizi sociali ed erogazione delle relative prestazioni ai cittadini, secondo quanto previsto dall’art. 118, c. 4, della Costituzione; h) edilizia scolastica per la parte non attribuita alla competenza delle province, organizzazione e gestione dei servizi scolastici; i) polizia municipale e polizia amministrativa locale; [...]».

¹³⁵ Come specificato dall’art. 19, lett. *e*), l. 135/2012, i Comuni interessati dovranno assicurare l’esercizio associato di almeno tre delle nove funzioni fondamentali indicate nella nota precedente entro il 1° gennaio 2013 e con riguardo alle restanti funzioni fondamentali entro il 1° gennaio 2014.

guarda tutte le scuole»¹³⁶. Difatti, ciascuna istituzione scolastica, nella veste di «impresa della conoscenza»¹³⁷ che offre il servizio di istruzione, deve necessariamente relazionarsi con diversi *stakeholders* presenti sul territorio: gli studenti, le rispettive famiglie, le aziende, i referenti istituzionali, sociali, culturali, gli Enti locali, la Regione, le Agenzie per la formazione professionale, le Università, ecc.

Il “territorio”, *latu sensu*, è innanzitutto il territorio della propria Regione di riferimento, perché sotto la vigenza del novellato Titolo V della Costituzione occorre ragionare in termini di tanti e, come si è visto, differenziati sistemi regionali di istruzione che ben testimoniamo il passaggio da un «sistema dell’istruzione come struttura piramidale» ad un «sistema dell’istruzione come rete estesa governata», ossia «[...] un sistema multipolare basato su di una molteplicità di sottosistemi regionali autonomi, focalizzati su reti estese di “attori” aventi forte capacità autoregolativa, da governare inevitabilmente sulla base di processi concertativi e meccanismi di sussidiarietà verticale e orizzontale»¹³⁸, sottostando alle disposizioni statali volte a garantire l’unitarietà del sistema nazionale di istruzione. Peraltro, gli stessi LEP in materia di diritti civili e sociali, stabiliti dallo Stato *ex art.* 117, c. 2, lett. m) Cost., devono essere garantiti dai vari attori operanti nel settore dell’istruzione (le Regioni, gli Enti territoriali, le scuole), nessuno dei quali può

¹³⁶ Si v. Associazione TreeLLLe, *L’istruzione tecnica. Un’opportunità per i giovani, una necessità per il paese*, cit., 84. Su questa tematica, si v. altresì: R. Morzenti Pellegrini, *Il rapporto tra Istituzioni scolastiche e territorio: tra nuove identità e future prospettive*, in D. Previtoli, *La scuola con valore sociale. Sussidiarietà e rendicontazione sociale nelle scuole dell’autonomia e delle indicazioni per il curricolo*, cit., 141 ss.; A. Feleppa, *Le relazioni delle Istituzioni scolastiche autonome con la realtà del territorio (soggetti istituzionali, economici e sociali)*, in Osservatorio sulla scuola dell’autonomia diretto da G.C. De Martin (a cura di), *Rapporto sulla scuola dell’autonomia 2002*, Luiss Edizioni – Armando Editore, Roma, 2002, 420 ss.; C. Gentili, *La scuola di fronte all’impresa e al territorio*, *ivi*, 449 ss.; C. Marzuoli, *L’istituto scolastico autonomo*, in C. Marzuoli (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, cit., 89 ss.; C. Marzuoli, *L’istituto scolastico (fra conservazione e innovazione)*, in M. Bombardelli, M. Cosulich (a cura di), *L’autonomia scolastica nel sistema delle autonomie*, Cedam, Padova, 2005, 65 ss.; A. Sandulli, *L’autonomia scolastica nel sistema delle autonomie*, *ivi*, 15, il quale sottolinea come «la scuola autonoma [...] rinviene il proprio *humus* nel contesto territoriale in cui opera». Parla significativamente di «[...] ‘autonomia di interazione’ con il contesto [...] [come] l’arma più importante a disposizione delle istituzioni scolastiche autonome [...]» anche M. Renna, *La natura e le difficoltà dell’autonomia scolastica*, *ivi*, 28.

¹³⁷ Sul punto si rimanda alle riflessioni svolte da B. Coppola, *Autonomia scolastica ed evoluzione organizzativa dell’istituto*, in F. Butera, B. Coppola, A. Fasulo, E. Nunziata, *Organizzare le scuole nella società della conoscenza*, cit., 59 ss.

¹³⁸ Così efficacemente E. Nunziata, *Il sistema dell’istruzione come rete estesa governata*, in *Astrid Rassegna*, 2011, n. 130, 2.

dalla piramide alla rete

adempiere questa funzione *uti singulo* senza coordinarsi con gli altri. Dunque, anche questa circostanza può favorire la creazione di reti di scuole “chiuse” od “aperte”, tenendo conto che «[...] la rete è anche uno degli strumenti per contribuire a declinare concretamente nei territori quei LEP che, definiti a partire dall’indirizzo statale, devono essere costantemente monitorati non solo nella loro attuazione ed effettivo raggiungimento, ma anche in funzione del loro aggiornamento e adattamento alle diverse situazioni»¹³⁹.

Pertanto, al fine di assolvere meglio al proprio compito ciascuna scuola dovrebbe cooperare in rete costituendo od aderendo ad una oppure, se del caso, anche a più reti di scuole¹⁴⁰ che a loro volta si dovrebbero interfacciare con gli altri attori pubblici e privati che operano nel sistema dell’istruzione e della formazione professionale. Infatti, l’organizzazione delle scuole in reti, nella maggioranza dei casi censiti, ha consentito un tangibile miglioramento dell’offerta formativa per quanto concerne la realizzazione di progetti specifici¹⁴¹, la condivisione di conoscenze, la circolazione di informazioni, il

¹³⁹ In questo senso si è espresso V. Campione, *Il dibattito pubblico*, in V. Campione, A. Poggi, *Sovranità decentramento regole. I livelli essenziali delle prestazioni e l’autonomia delle istituzioni scolastiche*, Collana della Fondazione per la Scuola della Compagnia di San Paolo, Il Mulino, Bologna, 2009, 22 s. Diffusamente sui LEP, si v. A. Poggi, *L’analisi scientifica*, *ivi*, 75 ss. Per una ricognizione della giurisprudenza costituzionale e della legislazione regionale in materia di LEP, sia consentito rinviare anche a L. Michelotti (a cura di), *Appendice: Una normativa in via di sviluppo*, *ivi*, 159 ss.

¹⁴⁰ Come evidenziato dalla prassi, si sono verificate esperienze di c.d. scuole capofila di una sino a sette reti e casi di scuole partecipanti come semplici membri ad una sino a sette o più reti. Cfr. Fondazione per la Scuola della Compagnia di San Paolo, *Reti e networking nella governance del servizio scolastico. L’esperienza nella Regione Veneto*, cit., 32 s.

¹⁴¹ Ad esempio, sui progetti realizzati da 46 reti di scuole in materia di alternanza scuola-lavoro, finanziati con fondi CIPE del 2001 per le c.d. “zone depresse”, si v. *amplius* Fondazione per la Scuola della Compagnia di San Paolo, *Esperienze di alternanza scuola-lavoro. Interventi integrati per lo sviluppo locale*, collana *I Quaderni*, n. 7, in www.fondazione scuola.it; sul medesimo ambito, si v. anche R. Morzenti Pellegrini, *L’alternanza scuola – lavoro come forma di partecipazione sociale*, in Ce.se.d, *Portare a sistema l’innovazione: un modello di alternanza per la Regione Lombardia*, 2007, 208 ss., consultabile in www.cesed.com/progetto398366/Parte%20terza.pdf. Sul ruolo che le reti di scuole potrebbero svolgere nel settore del *welfare*, si v. l’analisi di D. Previtali, *La scuola con valore sociale. Sussidiarietà e rendicontazione sociale nelle scuole dell’autonomia e delle indicazioni per il curricolo*, cit., 94 ss. Sui progetti di reti nell’ambito dell’educazione degli adulti, si v.: S. Piazza, *Le reti nell’EDA. Lineamenti progettuali per la costituzione di osservatori regionali sulle reti in EDA*, in *Nuova rass.*, 2011, n. 19-20, specialmente 1932 ss.; S. Piazza, *Strategie di rete per l’innovazione nel campo dell’EDA in materia di educazione alla legalità*, in *Nuova rass.*, 2011, n. 16, 1665 ss.; S. Piazza, R.P. Vedova, «Reti» nell’EDA. *Ricostruzioni normative e prospettive problematiche*, in *Nuova rass.*, 2011, n. 11, specialmente 1243 ss.

coordinamento per la gestione dei servizi, nonché risparmi di risorse grazie alle “economie di scala” effettuate dalla rete, aspetto quest’ultimo tutt’altro che trascurabile nell’attuale contesto di crisi finanziaria. Tuttavia, non mancano punti di debolezza delle reti, lamentati dalle stesse scuole partecipanti, che si riducono sostanzialmente nell’insufficienza di risorse umane e finanziarie, difficoltà logistiche e problematiche legate alla continuità del personale coinvolto nelle reti¹⁴². Proprio queste criticità – che, a ben vedere, non fanno altro che fotografare gli squilibri esistenti tra scuole «eccellenti», «normali», «deboli» ed «in gravi difficoltà» – dovrebbero orientare la politica scolastica sempre più in un’ottica solidaristica tra scuole, abbandonando quella meramente concorrenziale. Così, dando per scontato che le scuole che compongono una rete ben difficilmente saranno tutte della medesima “tipologia – qualità”, l’adozione di un atteggiamento solidale tra scuole comporterebbe che ciascuna di esse assuma una specifica funzione a supporto delle altre, in vista del perseguimento di un comune innalzamento del livello del servizio di istruzione¹⁴³. Inoltre, prediligere la forma organizzativa reticolare tra scuole risulterebbe utile anche per instaurare un processo d’innovazione cooperativo, tanto che potrebbe «[...] diventare conveniente per tutte le scuole produrre informazione e comunicazione per favorire l’affermazione del marchio di rete, come elemento qualificante per l’immagine e per l’offerta di ciascuna delle scuole partecipanti»¹⁴⁴.

In aggiunta a ciò, dalla lettura dei “nuovi” Statuti regionali, adottati successivamente alla l. cost. 22 novembre 1999, n. 1, emerge un altro dato significativo: la maggioranza dei legislatori regionali ha optato per lo sviluppo di un modello di sistema dei poteri pubblici locali che considera le autonomie funzionali come «parte costitutiva» del medesimo al pari delle autonomie territoriali, conformemente all’orientamento espresso dalla Corte costituzionale nella sentenza 477 del 2000¹⁴⁵. Invero, si può constatare come quasi tutti gli Statuti¹⁴⁶, ispirandosi al principio di sussidia-

¹⁴² Cfr. Fondazione per la Scuola della Compagnia di San Paolo, *Reti e networking nella governance del servizio scolastico. L’esperienza nella Regione Veneto*, cit., 63 ss.

¹⁴³ Cfr. N. Bottani, *Nessuna scuola è un’isola: come sviluppare l’equità tra scuole*, in L. Caselli (a cura di), *La scuola bene di tutti*, Collana della Fondazione per la Scuola della Compagnia di San Paolo, Il Mulino, Bologna, 2009, 115 ss.

¹⁴⁴ Così U. Vairetti, I. Medicina, *Innovazione e buone pratiche nella scuola*, Collana della Fondazione per la Scuola della Compagnia di San Paolo, Il Mulino, Bologna, 2009, 223 s.

¹⁴⁵ Cfr. il punto 3.2. del Considerato in diritto della sent. 477/2000 della Corte costituzionale, ove la Consulta si esprime con riferimento alle Camere di commercio.

¹⁴⁶ Nello Statuto dell’Emilia-Romagna (l.r. statutaria 31 marzo 2005, n. 13) non compare la dizione “autonomie funzionali”, ma è presente una disposizione (l’art. 57) specifica-

dalla piramide alla rete

rietà¹⁴⁷, riconoscano¹⁴⁸ e valorizzino¹⁴⁹ il ruolo delle autonomie funzionali e ne assicurino, in ossequio al principio di leale collaborazione, la partecipazione e la consultazione nello svolgimento dell'attività legislativa ed amministrativa della Regione e degli Enti locali¹⁵⁰, in alcuni casi mediante fasi di concertazione¹⁵¹, in altri predisponendo gli strumenti necessari per consentire l'informazione su ogni aspetto dell'attività istituzionale¹⁵², in altri ancora prevedendo la loro partecipazione al Consiglio delle autonomie locali (sebbene, talvolta, in una posizione differenziata rispetto ai rappresentanti degli Enti territoriali)¹⁵³ oppure al Consiglio regionale dell'economia e del lavoro¹⁵⁴ od alla Conferenza regionale permanente per la programmazione economica, territoriale e sociale¹⁵⁵.

In ultima analisi, quindi, parrebbe che il modello ottimale di rete tra istituzioni scolastiche, da perseguire mediante una legislazione regionale che

mente dedicata ai "Rapporti con Università e Scuola" che recita: «- 1. La Regione sostiene la promozione e la qualificazione delle Università e delle Istituzioni scolastiche. - 2. Nel rispetto delle reciproche autonomie e nell'ambito delle proprie competenze, l'Assemblea legislativa promuove la collaborazione e definisce i rapporti con le Università e le Istituzioni scolastiche». Invece, in Basilicata risulta ancora vigente il "vecchio" Statuto *ex l.* 22 maggio 1971, n. 350.

¹⁴⁷ Cfr. l'art. 3, c. 2, Statuto del Piemonte (l.r. statutaria 4 marzo 2005, n. 1); l'art. 2, c. 2, lett. e), Statuto della Calabria (l.r. statutaria 19 ottobre 2004, n. 25); l'art. 3, c. 3, Statuto della Lombardia (l.r. statutaria 30 agosto 2008, n. 1); l'art. 19, c. 5, Statuto della Campania (l.r. statutaria 28 maggio 2009, n. 6); l'art. 64, c. 1, Statuto del Molise (approvato in seconda lettura il 22 febbraio 2011).

¹⁴⁸ Cfr. l'art. 11, c. 2, Statuto dell'Abruzzo (l.r. statutaria del 28 dicembre 2006); l'art. 5, Statuto della Lombardia; l'art. 19, c. 5, Statuto della Campania; l'art. 9, lett. g) e l'art. 64, c. 1, Statuto del Molise.

¹⁴⁹ Cfr. l'art. 17, Statuto dell'Umbria (l.r. statutaria 16 aprile 2005, n. 21); l'art. 60, Statuto della Toscana (l.r. statutaria dell'11 febbraio 2005); l'art. 2, c. 2, lett. e), Statuto della Calabria; l'art. 2, c. 6, Statuto delle Marche (l.r. statutaria 8 marzo 2005, n. 1); l'art. 5, Statuto della Lombardia; l'art. 19, c. 5, Statuto della Campania; l'art. 9, lett. g), Statuto del Molise; l'art. 11, c. 9, Statuto del Veneto (l.r. statutaria 17 aprile 2012, n. 1).

¹⁵⁰ Cfr. l'art. 60, Statuto della Toscana; l'art. 3, c. 2, Statuto del Piemonte; l'art. 55, c. 2, Statuto della Calabria; l'art. 13, c. 1, lett. b), Statuto della Puglia (l.r. statutaria 12 maggio 2004, n. 7); l'art. 5, Statuto della Lombardia; l'art. 11, c. 1, Statuto della Campania; l'art. 9, lett. g) (che prevede espressamente la promozione di «[...] forme di collaborazione della Regione e degli enti locali con le istituzioni scolastiche [...]») e l'art. 64, c. 1, Statuto del Molise.

¹⁵¹ Cfr. l'art. 11, c. 2, Statuto dell'Abruzzo.

¹⁵² Cfr. l'art. 39, c. 1, Statuto delle Marche.

¹⁵³ Cfr.: l'art. 66, c. 4, Statuto del Lazio (l.r. statutaria 11 novembre 2004, n. 1); l'art. 54, c. 8, Statuto della Lombardia; l'art. 16, c. 3, Statuto del Veneto.

¹⁵⁴ Cfr. l'art. 68, c. 2, Statuto della Liguria (l.r. statutaria 3 maggio 2005, n. 1).

¹⁵⁵ Cfr. l'art. 46, c. 2, dello Statuto della Puglia.

dia compiuta attuazione alle disposizioni statutarie sia di principio che specifiche dedicate alle autonomie funzionali, dovrebbe essere rappresentato da reti di scuole “aperte” incentivate e sostenute dalle istituzioni pubbliche ed inserite nell’«[...] architettura del Sistema istituzionale regionale il cui primo valore dovrebbe essere quello della concertazione e della sussidiarietà, tipico di una Organizzazione-Rete entro [la] quale tutti gli attori – pur forti di una propria autonomia istituzionale o funzionale – mettono in atto volontariamente processi di convergenza su di un sistema di obiettivi condivisi»¹⁵⁶.

Abstract

The reform of the education system undertaken by the 16th legislature in Italy seems to break away from the past by placing particular emphasis on formal school collaboration frameworks. In the present scenario the functional autonomy of schools is no longer exercised through the networking activities that were set up under the prior Regulation on School Autonomy, but it is veering towards different forms of organised collaboration. Thus recent national reforms on school autonomy seem to point towards a new interpretation of the concept of school autonomy whereby schools are encouraged “from the centre” to engage in leaner collaboration frameworks that also aim to prevent the sprawling of divergent regional reticular models.

Significantly, under the revised Title V of the Constitution the school system consists today of a range of different regional systems and the pyramidal structure of the past has been replaced by web-like patterns governed through coordination and regulated by vertical and horizontal subsidiarity mechanisms. Therefore today the model of collaboration which appears best suited to reflect the complexity of territorial organization calls for the creation of networks that bring together schools and operators from outside the school sector within the regional system with the support of public institutions. Such initiatives are expected to translate into collaborative regional frameworks in which all the players contribute to the achievement of shared objectives.

¹⁵⁶ In questo senso E. Nunziata, *Il sistema dell'istruzione come rete estesa governata*, cit., 6.

ARTICOLI

MICOL ROVERSI MONACO

I LIMITI OPERATIVI DELLE SOCIETÀ PARTECIPATE PER I SERVIZI PUBBLICI LOCALI

SOMMARIO: 1. L'attuale assetto normativo. – 2. Il vincolo funzionale. – 2.1. L'elaborazione della nozione di vincolo funzionale per le società locali. – 2.2. Risvolti applicativi del vincolo funzionale. – 3. La tutela della concorrenza. – 3.1. Il dato europeo. – 3.2. La posizione del giudice amministrativo. – 4. Osservazioni conclusive.

1. L'attuale assetto normativo

Oggetto di indagine del presente scritto sono i limiti all'operatività delle società partecipate da enti territoriali minori che erogano servizi pubblici locali di rilevanza economica, intesi come limiti all'estensione dell'attività di tali società sia dal punto di vista dei possibili contraenti e destinatari, sia dal punto di vista dei servizi e delle attività svolte.

Sono tali la preclusione alla partecipazione a procedure per l'affidamento di servizi pubblici fuori dal territorio dell'ente o degli enti soci, il divieto di svolgere servizi o attività per enti pubblici o privati diversi dai soci, e il divieto di acquisire la gestione di servizi ulteriori.

In generale, i limiti all'operatività delle società in esame trovano nel nostro ordinamento due motivazioni.

La prima è la necessità di rispettare il principio di funzionalizzazione dell'attività di diritto privato dell'ente pubblico, che ha portato la giurisprudenza ad affermare che vi è un vincolo funzionale che lega la società all'ente locale socio.

La seconda, di matrice europea, è la necessità di tutelare la concorrenza.

Per quest'ultima finalità il legislatore ha previsto casi di esclusione dalla partecipazione a gare.

Attualmente, in particolare, il d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, in materia di procedure concorsuali per la scelta del gestore del servizio di trasporto pubblico locale, all'art. 18, c. 2, lett. *a*), prevede l'esclusione, terminato il periodo transitorio, delle società che, in Italia o all'estero, gestiscono ser-

vizi in affidamento diretto o a seguito di procedure non ad evidenza pubblica, e delle società dalle stesse controllate o ad esse collegate, e delle loro controllanti (oltre che delle società di gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali).

Tale previsione però non si applica, in forza dell'art. 61, l. 23 luglio 2009, n. 99, alle società che, in Italia o all'estero, risultino aggiudicatari di contratti di servizio ai sensi delle previsioni del regolamento (CE) n. 1370/2007, il cui art. 5, par. 2, prevede anche l'ipotesi dell'affidamento a soggetto *in house*, e, parr. 4 e 6, casi di aggiudicazione diretta.

Il d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164, in materia di gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, all'art. 14, c. 5, come modificato dall'art. 37, c. 1, lett. a), d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in l. 7 agosto 2012, n. 134¹, prevede l'esclusione delle società, delle loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, che, in Italia e in altri Paesi dell'Unione europea, o in Paesi non appartenenti all'Unione europea, gestiscono di fatto, o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica. Eccezione da tale esclusione è prevista per le società quotate in mercati regolamentati e le società da queste controllate, e le società a partecipazione pubblica e privata, costituite ai sensi dell'art. 4, c. 12, d.l. n. 138/2011².

La disciplina generale della gestione delle reti e dell'erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica aveva previsto tali esclusioni, prima nell'art. 113, c. 6, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, che stabiliva l'esclusione dalle gare per l'affidamento dell'erogazione del servizio delle società che, in Italia o all'estero, gestissero a qualsiasi titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica, o a seguito dei relativi rinnovi, e delle società controllate o collegate, le loro

¹ Su cui C. Luigi, *La preclusione alla partecipazione a nuove gare per i beneficiari di affidamenti diretti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 4, 385 ss.

² Questa disposizione, che è stata dichiarata costituzionalmente illegittima con la sentenza della Corte costituzionale, 20 luglio 2012, n. 199, prevedeva che «nel caso di procedure aventi ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio, al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40 per cento, e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il bando di gara o la lettera di invito assicura che: a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie; b) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento; c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione».

i limiti operativi delle società partecipate

controllanti e le società controllate o collegate con queste ultime (insieme ai soggetti incaricati della gestione della rete, ove attività separata dall'erogazione del servizio).

In seguito l'art. 23-*bis*, c. 9, d.l. n. 112/2008, il cui contenuto è stato poi ripreso dall'art. 4, c. 33, d.l. n. 138/2011, aveva previsto, oltre alle esclusioni dalla partecipazione alle gare, ulteriori limitazioni operative³. In particolare, le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, che avessero gestito servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto (insieme ai soggetti incaricati della gestione della rete, ove attività separata dall'erogazione del servizio), era stabilito non potessero acquisire la gestione di servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società da esse controllate o partecipate, né partecipando a gare; a ciò faceva eccezione il caso delle società quotate in mercati regolamentati e le società da queste controllate, e le società a partecipazione pubblica e privata costituite ai sensi del c. 12 del medesimo articolo.

Destinatario delle disposizioni appena citate sono, oltre ai soggetti cui è affidata la gestione della rete, se attività separata da quella di erogazione del servizio, tutte le società – e non solo quelle a partecipazione pubblica⁴ – affidatarie non a seguito di gara, insieme alle società del gruppo cui fanno parte.

Le società a partecipazione pubblica locale che rientrano nell'ambito applicativo di tali disposizioni, dunque, sono (salvo il caso delle società che erogano il servizio di trasporto pubblico locale) le società che rispondono ai requisiti dell'*in house*, le sole che possono essere legittimamente affidatarie dirette di servizi. E in questo senso, nell'art. 4, d.l. n. 138/2011 e nelle disposizioni relative alle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas, è stata espressamente prevista l'inapplicabilità delle preclusioni alle società quotate su mercati regolamentati e a quelle da queste direttamente o indirettamente controllate, e alle società miste con socio privato operativo scelto mediante gara a doppio oggetto.

³ Per un'analisi, E. Trenti, *I limiti legislativi alla capacità di azione delle società a partecipazione pubblica*, in *Ist. Fed. Quaderni*, 2011, 2, 47 ss.

⁴ In questo senso, il giudice amministrativo ha affermato che tali disposizioni si applicano anche a imprese private in proroga (Tar Sardegna, sez. I, 11 giugno 2011, n. 556, in www.dirittodeiservizipubblici.it) o a cooperative sociali che abbiano stipulato convenzioni in deroga alla disciplina sui contratti pubblici Tar Bari, sez. I, 6 ottobre 2011, n. 1466, in *Foro amm. TAR*, 2011, 10, 3228).

Tali preclusioni paiono motivate – oltre che dalla necessità di attuare la separazione, laddove prevista, tra gestione della rete ed erogazione del servizio – dalla volontà di tutelare la concorrenza in presenza di un affidamento diretto, valutato dal legislatore italiano come elemento potenzialmente distortivo della concorrenza, a prescindere dalla composizione pubblica del capitale sociale.

Con la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, d.l. n. 138/2011 ad opera della sentenza n. 199/2012⁵, sono venute meno le limitazioni positivamente poste all'attività delle società locali eroganti servizi che sotto questo aspetto erano disciplinati solo dalla normativa generale (tra cui il servizio di gestione dei rifiuti e il servizio di pubblica illuminazione).

Per queste società, dunque, vi è un vuoto di disciplina che rende necessario interrogarsi sulla loro possibilità di partecipare a procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici locali di rilevanza economica; in particolare, è necessario valutare se e come, al di là del dato positivo, le esigenze sopra richiamate, di rispetto del vincolo funzionale e di tutela della concorrenza, possano incidere sulla questione.

Inserendosi all'interno del dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla natura pubblica o privata⁶ delle società a partecipazione pubblica, in alcune

⁵ Per un commento, T. Bonetti, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall'«instabilità» nazionale alla «deriva» europea*, in *Munus*, 2, 2012, 417 ss.

⁶ Per una ricostruzione, Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007.

Quanto alla giurisprudenza, tema oggetto di recente dibattito è stato quello della giurisdizione contabile sui danni arrecati da amministratori e dipendenti. La Corte di Cassazione, dopo un percorso giurisprudenziale (a partire da Corte Cass. SS.UU., 22 dicembre 2003, n. 19667, in *Giur. it.*, 2004, 1830) in cui aveva affermato la giurisdizione contabile sui danni arrecati da amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica, ha ritenuto dirimente, per escluderla, la natura giuridica privatistica del soggetto danneggiato e del suo patrimonio, e il rilievo che “le disposizioni del codice civile sulle società per azioni a partecipazione pubblica non valgono a configurare uno statuto speciale per dette società e che (alla luce anche di quanto indicato nella relazione al codice) la scelta della pubblica amministrazione di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta” (Corte Cass. SS.UU., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Riv. Corte Conti*, 2009, 6, 218). Così anche Corte Cass. SS.UU., 7 luglio 2011, n. 14957, in *Foro it.*, 2012, 3, I, 831; Corte Cass. SS.UU., 12 ottobre 2011, n. 20940, in *Foro it.*, 2012, 3, I, 831; Corte Cass. SS.UU., 5 luglio 2011, n. 14655, in *Giust. civ.*, 2012, 5, I, 1287; Corte Cass. SS.UU., 9 marzo 2012, n. 3692.

In questo senso è anche la giurisprudenza che afferma la fallibilità di ogni tipologia di società a partecipazione pubblica, sostenendo che “il rilievo pubblico di alcune società di diritto privato permette l'applicazione di determinati istituti di natura pubblicistica, in presenza di specifiche disposizioni di legge, ma non consente di qualificare l'ente come pubblico e di

i limiti operativi delle società partecipate

pronunce⁷ si è sostenuto che si debba applicare uno statuto speciale, non sancito espressamente dal legislatore, a società a partecipazione pubblica ritenute, in presenza degli indici di pubblicità degli enti⁸, aventi natura pubblica.

In dottrina taluni hanno ritenuto, al contrario, che, pur non essendo la forma societaria vincolante per la qualificazione della natura pubblica o privata dell'ente, da questa forma giuridica consegua un rinvio al corpo normativo dettato per le società dal codice civile; e che solo in presenza di uno statuto speciale dettato dal legislatore sarebbe possibile qualificare in senso pubblicistico tali società⁹.

sottrarlo alla ordinaria disciplina codicistica. Ne consegue che se, in ambito concorsuale, manca una specifica disciplina che preveda l'applicabilità alle società in mano pubblica dell'esenzione dal fallimento propria degli enti pubblici, le stesse rimangono assoggettate a tale procedura, al pari delle altre società di diritto privato" (App. Napoli, decreto 15 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, 6, 690; Ap Torino, decreto 15 febbraio 2010, in *Giur. piemontese*, 2010, 3, 339).

⁷ Alcune pronunce, in particolare, hanno fatto discendere dalla qualificazione come organismo di diritto pubblico il riconoscimento del diritto di accesso, o la necessità di selezionare il personale tramite concorso (rispettivamente, Cons. St., sez. VI, 5 marzo 2002, n. 1303, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2002, 2-3, 105 ss. e TAR Puglia, Bari, sentenza 27 ottobre 2006, n. 3828, in *www.giustizia-amministrativa.it*, entrambe richiamate da G. Rossi, *Le gradazioni della natura giuridica pubblica*, in *Dir. amm.*, 2007, 3, 685 ss.).

In questo senso si collocano anche le pronunce che, qualificando le società come enti pubblici, le ritengono non fallibili (tra tante, Trib. Santa Maria Capua Vetere, 9 gennaio 2009, in *Fall.*, 2009, 713).

⁸ Individuati in dottrina da G. Miele, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. comm.*, 1942, 54 ss.; L.R. Levi, *La persona giuridica pubblica (concetto ed elementi distintivi)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1951, 591 ss.; M.S. Giannini, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, Milano, 1950, 150 ss.; A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1957, 103 ss.; Id. *Enti pubblici ed enti privati d'interesse pubblico*, ora in *Scritti giuridici*, Napoli, 1990.

⁹ F. Cammeo, *Società commerciale ed ente pubblico*, Firenze, 1947; G. Ferri, *Azionariato di Stato e natura giuridica dell'ente*, in *Foro it.*, 1941, I, 199 ss.; A.M. Sandulli, *Enti pubblici ed enti privati d'interesse pubblico*, cit.; F. Galgano, *Pubblico e privato nella qualificazione della persona giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 282 ss.; F.A. Roversi Monaco, *La giurisprudenza sulle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. e soc.*, 1973, 801 ss. In particolare, Sandulli (o ult. cit., 518) osservava che "l'operatore giuridico non deve preoccuparsi eccessivamente se, superando vecchie mentalità, deve classificare come privato un ente che presenti elementi di pubblicità. Gli è che non sono sufficienti uno o più di siffatti elementi a far considerare un ente come pubblico. In presenza di una disciplina e di un regime particolari fissati dall'ordinamento, la posizione giuridica dell'ente certamente non mancherà di godere di una sua tipica configurazione. Peraltro non è possibile, in assenza di indizi sicuri e decisivi, configurarlo come pubblico, vale a dire come soggetto differente da quelli comuni, in quanto appartenente all'organizzazione dello Stato, e pertanto ammesso a fruire di un regime speciale. Ciò risponde al noto principio, in virtù del quale, in mancanza di una chiara volontà legislativa, nel campo del diritto va applicata la disciplina comune e non quella speciale".

Più recentemente si è dato rilievo alla varietà tipologica delle società a partecipazione pubblica¹⁰, soprattutto in relazione al tipo di attività svolta. Nell'attuale dibattito, infatti, auspicando un riordino della disciplina delle società pubbliche da parte del legislatore, si è distinto tra società pubbliche che sono semi-amministrazioni e società pubbliche che sono imprese¹¹ e che in quanto tali dovrebbero essere disciplinate dal codice civile¹².

¹⁰ G. Napolitano, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. Soc.*, 2006, 1000 ss.; M. Cammelli, M. Dugato, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in M. Cammelli-M. Dugato (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, 1 ss.; C. Ibba, *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline*, in C. Ibba, M. C. Malaguti, A. Mazzoni (a cura di), *Le società "pubbliche"*, Torino, 2011, 1 ss.

¹¹ Per utilizzare la terminologia usata nel Rapporto Assonime pubblicato nel 2009 sui "Principi di riordino del quadro giuridico delle Società Pubbliche", a commento del quale G. Sciuillo, *Sul riordino del quadro giuridico delle società pubbliche secondo il Rapporto Assonime*, in *Giust. Amm.*, 2009, 3; M. Clarich, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2009, 2, 253 ss.; A. Massera, *Le società pubbliche*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 8, 889 ss.

La Corte Costituzionale nelle sentenze I agosto 2008, n. 326, in *Foro amm. CDS.*, 2008, 7-8, 2013, e 23 dicembre 2008, n. 439, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 3-4, 727, ha distinto tra società regionali e locali che svolgono "attività amministrativa in forma privatistica", cioè "attività amministrativa, di natura finale o strumentale" svolta per conto dell'ente, da quelle svolgenti attività di impresa, cioè attività di "erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti) in regime di concorrenza".

Questa distinzione non mira ad applicare alle società che svolgono attività amministrativa in forma privatistica una disciplina pubblicistica che, in forza di interpretazioni sostanzialiste, superi il dato normativo; queste, solo descrittivamente possono essere definite rette da disciplina di diritto speciale di tipo pubblicistico. La distinzione operata dalla Corte mira invece a delimitare l'ambito applicativo delle disposizioni poste a tutela della concorrenza: è quindi nozione funzionale all'applicazione delle regole sulla concorrenza, implicitamente ribadendo la piena applicabilità del regime di diritto comune per le società che svolgono attività di impresa, laddove non espressamente derogato dal legislatore.

In questo senso è stato affermato che «l'identificazione del regime giuridico appare sostanzialmente legata non più al soggetto (pubblico o privato) ma alla natura ed alla finalità dell'attività svolta», e che «il riferimento alla distinzione tra attività amministrativa in forma privatistica ed attività di impresa conferma lo speciale rilievo dell'elemento oggettivo (l'attività ed il fine) rispetto a quello soggettivo; esso, però costituisce una evoluzione perché tende a porre il crinale della distinzione non su di un registro giuridico – pubblico o privato – ma sulla natura dell'attività (amministrativa o imprenditoriale), sull'oggetto sociale perseguito e sulla natura del collegamento (strumentale o non strumentale) del soggetto privato con l'amministrazione. È possibile, che, in futuro, alla distinzione, ormai non più aderente al quadro normativo, tra attività di diritto pubblico ed attività di diritto privato dell'amministrazione, debba sostituirsi, l'altra, tra attività amministrativa eventualmente svolta in forma privatistica ed attività imprenditoriale» (A. Pajno, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2010, 3, 555).

¹² Possono essere ricordate anche le passate riflessioni sull'impresa pubblica, legislati-

i limiti operativi delle società partecipate

Il fatto che il regime giuridico delle società per azioni che il legislatore ha dettato nel codice civile non possa essere derogato che dalla legge stessa con espressa previsione, è poi stato chiarito in una recente disposizione. L'art. 4, c. 13, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con l. 7 agosto 2012, n. 135, infatti, afferma che le disposizioni, «anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali».

Ciò nonostante, la questione dell'operatività delle società in esame parrebbe doversi ritenere ancora aperta. E infatti, le preclusioni che erano state previste, in ultimo, nell'art. 4, c. 33, d.l. n. 138/2011, non consistono in realtà in disposizioni di diritto speciale applicabili solo alle società a partecipazione pubblica, avendo come destinatari anche soggetti privati.

2. Il vincolo funzionale

2.1. L'elaborazione della nozione di vincolo funzionale per le società locali

La nozione di “vincolo funzionale” applicato alle società a partecipazione pubblica locale è stata elaborata relativamente alla questione dell'ammissibilità dell'attività extraterritoriale di tali società.

La giurisprudenza ha esteso ad esse il limite proprio dell'attività non autoritativa degli enti territoriali minori. Per questo tipo di attività, a differenza di quella autoritativa, rispetto alla quale il territorio¹³ definisce la competenza dell'ente, il territorio viene in rilievo come “limite funzionale”, nel senso che non è tale da rendere giuridicamente impossibili (o anomale)

vamente sottoposta alla medesima disciplina di quella privata, che dal riconoscimento della qualifica di imprenditore ai sensi dell'art. 2082 del codice civile facevano conseguire la necessità del rispetto del requisito di economicità: M.S. Giannini, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. soc.*, 1958, 227 ss.; V. Ottaviano, *Sulla sottoposizione dell'impresa pubblica alla medesima regolamentazione di quella privata*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1962, 267 ss.; Id., voce *Impresa pubblica*, in *Enc. dir.*, Milano, 1970; F.A. Roversi Monaco, *L'attività economica pubblica*, in F. Galgano (a cura di) *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, La costituzione economica*, Padova, 1977; V. Ottaviano, *Enti pubblici economici e natura della loro organizzazione per l'esercizio dell'impresa*, in *Cons. St.*, 1990, II, 1541 ss.; M. Carabba, voce *Impresa pubblica*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, 1993.

¹³ Cfr. E. Cannada Bartoli, *Osservazioni intorno a taluni aspetti del territorio comunale*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, Padova, 1957, 294.

le attività svolte al di fuori dei suoi confini, se esse sono funzionali all'interesse della collettività ivi stanziata.

Tale limite si lega al carattere della rappresentatività dell'ente territoriale minore, che deve curare gli interessi della propria comunità, come espresso anche dall'art. 3, d.lgs. n. 267/2000, ed è conseguente alla funzionalizzazione delle risorse impiegate dalle società ai bisogni della collettività di riferimento.

Già con riferimento al regime delle spese facoltative, l'art. 2 della legge comunale e provinciale del 14 giugno 1874, positivizzando quanto affermato dalla giurisprudenza, aveva stabilito dovessero avere per oggetto "servizi ed uffici di utilità pubblica entro i termini della rispettiva circoscrizione amministrativa". Ma la dottrina¹⁴ interpretava questa previsione nel senso che ciò che doveva rimanere compreso nella circoscrizione comunale era l'effetto utile, non l'esercizio del servizio, soprattutto nei casi di Comuni con territorio limitato, insufficiente alla estrinsecazione completa della propria attività economico-sociale: la limitazione si intendeva, quindi, come di tipo funzionale, non territoriale in senso stretto¹⁵.

Dopo la soppressione della distinzione tra spese obbligatorie e facoltative, la giurisprudenza amministrativa¹⁶ ha affermato che limite delle spese

¹⁴ U. Borsi, *Le funzioni del Comune italiano*, in V. E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Milano, 1915, 454; G. Deganello, *I limiti della circoscrizione territoriale del Comune in rapporto alla natura dei servizi comunali*, in *La legge*, 1908, 81. Così anche G. Miele, *I poteri degli enti autarchici fuori del loro territorio*, ora in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1987, 33-36, il quale affermava che la limitazione territoriale per le spese facoltative non andava interpretata letteralmente; tuttavia, criticando la lettura di Deganello, sottolineava che in generale fosse da escludersi la possibilità per un Comune di impiantare un suo pubblico servizio in territorio appartenente a un altro ente, salvo eccezioni che osservassero certi limiti, tra i quali la necessità che il pubblico servizio fosse istituito a beneficio degli appartenenti all'ente nel cui interesse era attivato e non degli abitanti il territorio in cui avrebbe avuto sede; inoltre, secondo l'Autore, in questo caso l'ente territoriale "ospite" avrebbe mantenuto la potestà pubblicistica su beni e persone comprese nel proprio territorio.

¹⁵ Anche alcune pronunce della giurisprudenza riconobbero, qualora le circostanze lo richiedessero, la possibilità che un Comune impiantasse nel territorio di altro Comune limitrofo un proprio servizio pubblico (cfr. Cons. St., parere 3 maggio 1907, in *Foro it.*, 1907, III, 177).

¹⁶ Corte Conti, sez. II, 19 settembre 1988, n. 175, in *Foro amm.*, 1988, 3899; Corte Conti, sez. II, 2 novembre 1988, n. 214, in *Riv. amm. R. It.*, 1989, 335; Cons. St., sez. VI, 29 novembre 1988, n. 1291, in *Consiglio di Stato*, 1989, I, 1503; Cons. St., sez. IV, 7 dicembre 1988, n. 926, in *Foro amm.*, 1988, 12; TAR Valle d'Aosta, 19 dicembre 1988, n. 81, in *Finanza locale*, 1990, 1047; TAR Milano, sez. III, 13 marzo 1991, n. 69, in *Foro Amm.*, 1991, 2648; Cons. St., sez. V, 8 marzo 1994, n. 147, in *Foro amm.*, 1994, 452. Così la Corte costituzionale, relativamente all'attività regionale: Corte Cost., 21 luglio 1988, n. 829, in *Giur. cost.*, 1988, I, 3969; Corte Cost., 2 febbraio 1990, n. 51, in *Quaderni regionali*, 1990, 1000.

i limiti operativi delle società partecipate

degli enti territoriali minori sia la destinazione delle risorse a beneficio della comunità territoriale: queste devono tradursi in un vantaggio – diretto e immediato – per quest’ultima, non essendovi libertà di spesa per gli enti locali, “la cui autonomia non può intendersi come libertà di fini idonea a legittimare ogni esigenza che travalichi i limiti circoscrizionali degli stessi”. Così, la legittimità della decisione di svolgere un’attività al di fuori della circoscrizione amministrativa del Comune, per i giudici amministrativi deve essere valutata “alla luce dell’utilità pubblica che l’autorità comunale si ripromette di raggiungere con la propria iniziativa”¹⁷.

Anche per l’attività extraterritoriale delle aziende speciali, svolta previa intesa dei Comuni¹⁸, la giurisprudenza aveva considerato necessario il rispetto del vincolo funzionale, ritenendola ammissibile solo se destinata a soddisfare esigenze della collettività residente nel Comune titolare dell’azienda¹⁹.

¹⁷ Cons. St., sez. IV, 3 marzo 1988, n. 125, in *Foro amm.* 1988, 421.

¹⁸ L’art. 5 del d.R. 4 ottobre 1986, n. 902 aveva previsto che il Comune potesse deliberare, con il voto favorevole della maggioranza dei consiglieri in carica (non inferiore al terzo dei consiglieri assegnati), l’estensione dell’attività della propria azienda di servizi al territorio di altri enti locali, previa intesa con i medesimi, intesa con la quale doveva essere approvato anche lo schema di convenzione per la disciplina del servizio e per la regolazione dei conseguenti rapporti economico-finanziari.

Per la giurisprudenza, non condivisa dalla prevalente dottrina (v. N. Aicardi, *L’attività extraterritoriale dell’azienda speciale*, in *Regione e governo locale*, 1992, 121 ss.) l’azienda municipalizzata e l’azienda speciale dotata di personalità giuridica non potevano partecipare a gare o concludere a trattativa privata un contratto per l’affidamento della gestione di un servizio pubblico al di fuori del proprio territorio; l’attività extraterritoriale era possibile solo attraverso la stipulazione di intesa poiché l’art. 2, c. 3, del R.d. 15 ottobre 1925, n. 2578, stabiliva che «le aziende speciali hanno la capacità di compiere tutti i negozi giuridici necessari per il raggiungimento del loro fine», cioè l’erogazione del servizio assunto direttamente, per il quale esse erano costituite ai sensi del comma 1 del medesimo articolo, e quindi esse possedevano una capacità negoziale circoscritta alla gestione di tale servizio (Cons. St., sez. V, 3 agosto 1995, n. 1159, in *Cons. St.*, 1995, I, 1089; Cons. St., sez. V, 10 marzo 1997, n. 243, in *Foro amm.*, 1997, 791; Cons. St., sez. V, 6 aprile 1998, n. 432, in *Foro amm.*, 1998, 1054; Cons. St., sez. V, 23 aprile 1998, n. 475, in *Cons. St.*, 1998, I, 610; Cons. St., sez. V, 11 giugno 1999, n. 631, in *Giust. civ.*, 1999, I, 3191; Cons. St., sez. V, 20 marzo 2000, n. 1520, in *Foro Amm.*, 2000, 901).

¹⁹ Cfr. Cons. St., sez. VI, 29 novembre 1988, n. 1291, in *Cons. St.*, 1988, I, 1503: nel caso di specie si è ritenuto che le aziende pubbliche potessero effettuare il servizio occasionale di trasporto internazionale dei viaggiatori se in concreto collegato alla necessità di far fronte ad una oggettiva esigenza della popolazione residente (a differenza dei servizi regolari di collegamento del territorio nazionale con l’estero, comportanti il riferimento a interessi coinvolgenti l’intera collettività nazionale); cfr. anche Cons. St., sez. VI, 6 giugno 1989, n. 721, in *Foro amm.* CDS, 1989, 1795; Cons. St., sez. V, 10 marzo 1997, n. 243, cit.; Cons. St., sez. V, 11

L'intesa tra i Comuni venne poi interpretata come possibile modalità attuativa di quella prevista all'art. 24, l. n. 142 del 1990, che disponeva che "al fine di svolgere in modo coordinato funzioni e servizi determinati, i Comuni e le Province possono stipulare tra loro apposite convenzioni". Il vincolo funzionale allora si tinse di una nuova sfumatura: l'intesa per l'estensione dell'attività delle aziende speciali si riteneva che potesse essere conclusa solo nelle ipotesi rientranti nel medesimo articolo, cioè quando con il ricorso all'azienda speciale di altro Comune si intendeva svolgere il servizio "in modo coordinato", con l'intervento di entrambi i Comuni nella gestione del servizio²⁰, in presenza di "oggettive esigenze di coordinare le attività di Comuni vicini"²¹, ravvisate soprattutto nelle ipotesi di continuità fisico-territoriale dei Comuni interessati, cui corrispondeva per esempio un collegamento tra le reti (già presente o *in fieri*)²², o la possibilità di addivenire a una gestione unitaria del servizio da parte dei Comuni confinanti²³; anche se si ammetteva che l'integrazione funzionale dell'attività svolta sul proprio territorio con quella svolta sul territorio dell'altro Comune, dipendendo dalla natura del servizio, potesse realizzarsi anche se i Comuni non erano confinanti²⁴.

Dunque, requisito dell'attività extraterritoriale è stato ritenuto essere il "beneficio funzionale". Questo è stato descritto dalla giurisprudenza in termini casistici; da notare sono le affermazioni secondo le quali il collega-

giugno 1999, n. 631, cit.; Cons. St., sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5515, in *Giust. civ.*, 2002, I, 1089.

²⁰ Coordinamento che non si realizzava allorché il Comune semplicemente si fosse "spogliato" del servizio in favore dell'azienda di altro Comune (Cons. St., sez. V, 23 aprile 1998, n. 475, cit.).

²¹ Cons. St., sez. V, 4 aprile 2002, n. 1874, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Cfr. Cons. St., sez. V, 11 giugno 1999, n. 631, cit.; TAR Lazio, Roma, sez. II, 26 giugno 2002, n. 5897, in *Ragiufarm*, 2004, 80, 42.

²² Ad esempio, la gestione del servizio tranviario di due Comuni confinanti, se le reti sono collegate (Cons. St., sez. V 23 aprile 1998, n. 475, cit.); oppure la gestione del servizio idrico in presenza di un unico acquedotto (TAR Piemonte, sez. II, 18 giugno 1992, n. 201, in *Rass. giur. Enel*, 1993, 236).

²³ Cfr. Cons. St., sez. V, 18 ottobre 2001, n. 5515, cit., in cui in particolare si ritenne presente il beneficio funzionale «anche quando le collettività interessate ancora non possano saggiarne i benefici concreti, purché, però, sia stato effettivamente avviato (...) l'iter che porterà alla razionalizzazione organizzativa del bacino d'utenza per sfociare poi nella gestione unitaria, da parte dei Comuni confinanti, del servizio pubblico in questione».

²⁴ Cfr. Cons. St., sez. V, 23 aprile 1998, n. 475, cit. La limitazione della capacità negoziale delle aziende speciali alla gestione di servizi nei Comuni confinanti era peraltro stata prescritta dall'art. 4, c. 4, del d.l. n. 559 del 1994, che non venne però convertito in legge.

i limiti operativi delle società partecipate

mento funzionale non può ridursi ad un ampliamento del volume di affari e ad un incremento delle entrate; i positivi effetti del beneficio “funzionale” incidente sul servizio pubblico interessato, e frutto di una gestione coordinata, devono esulare dai meri ritorni di carattere economico; i meri vantaggi economico-aziendali non forniscono prova sufficiente del collegamento funzionale in questione.

Inoltre, si è affermato che “è vero che le attività economiche extraterritoriali “aggiuntive” possono, potenzialmente, produrre benefici economici di cui, indirettamente, potrebbe fruire (ad esempio, attraverso eventuali moderazioni tariffarie) la stessa comunità locale di provenienza dell’azienda; ma è vero anche il contrario e, cioè, che eventuali perdite nell’esercizio di attività *extra moenia* possano essere ammortizzate ponendo maggiori oneri a carico della stessa comunità ora detta, ovvero incidendo sulla qualità del servizio reso istituzionalmente a favore di tale collettività; in altre parole, il rischio d’impresa verrebbe, in tale ipotesi, riversato sulla stessa collettività locale che, anziché beneficiare dell’attività dell’azienda, verrebbe a dividerne e, di fatto, a subirne gli errori imprenditoriali”²⁵. L’art. 23, c. 6, della l. n. 142 del 1990, infatti, stabiliva che l’ente locale conferiva il capitale di dotazione ed era tenuto a provvedere alla copertura degli eventuali costi sociali; in caso di perdite di esercizio il Comune doveva intervenire attraverso integrazioni del capitale di dotazione o attraverso appositi stanziamenti o altre forme di trasferimento.

Quanto invece alle società costituite o partecipate dagli enti locali, la dottrina prevalente²⁶ ha loro riconosciuto piena autonomia imprenditoriale

²⁵ Cons. St., sez. V, 6 aprile 1998, n. 432, cit. Nel caso di specie, lo statuto dell’azienda speciale prevedeva che per il finanziamento delle spese relative agli investimenti previsti dal Piano-programma, l’azienda avrebbe provveduto anche mediante l’utilizzazione dei depositi cauzionali ovvero delle anticipazioni consumi utenti; con la conseguenza che si sarebbe potuta verificare l’utilizzazione di poste contabili, direttamente provenienti dall’utenza locale, per finanziare gli investimenti necessari allo svolgimento dell’attività extraterritoriale e per soddisfare, di fatto, in tal modo, gli utenti del diverso Comune in cui l’attività avrebbe dovuto essere svolta. Secondo il Consiglio di Stato tale situazione si sarebbe potuta evitare solamente se si fosse sdoppiata completamente la gestione propria dei pubblici servizi locali rispetto a quella relativa ad eventuali attività esterne, con bilanci del tutto separati e vicende patrimoniali del tutto autonome tra loro; «ma, in tal caso, si avrebbe, di fatto, la creazione di una separata azienda speciale o di una sorta di gestione autonoma della stessa, designata a svolgere essenzialmente attività extraterritoriale aggiuntiva e, dunque, incompatibile con la medesima *ratio legis*».

²⁶ In senso contrario A. Carullo, *Capitale ed extraterritorialità: primi problemi per le nuove società per azioni comunali per la gestione del servizio idrico*, in *Riv. trim. ap.*, 1996, 613 ss., secondo il quale il limite territoriale è insito nell’oggetto sociale delle società costituite ai sensi della

e, quindi, l'assenza di limiti territoriali²⁷; per taluni essendo comunque necessario per l'attività *extra moenia* il rispetto del vincolo funzionale²⁸.

Nella giurisprudenza, riguardo alla possibilità per le società locali di partecipare a gare per gestire servizi fuori dal territorio di appartenenza, si deve registrare l'orientamento secondo cui la società locale può svolgere la propria attività al di fuori dei limiti territoriali dell'ente che l'ha costituita, essendo lo strumento societario utilizzabile dall'ente locale proprio «per essere presente sul mercato extracomunale dei servizi»²⁹; in questo senso si è

l. n. 142 del 1990, potendo esso prevedere solo la gestione del servizio pubblico per la collettività di riferimento.

²⁷ V. Martelli, *Servizi pubblici e società per azioni*, Milano, 1997, 79; N. Micheli, *Le società per azioni a capitale pubblico locale: sei anni di applicazione della l. 8 giugno 1990 n. 142*, in *Foro amm.*, 1997, 2, 667 ss.; L. Vasques, *I servizi pubblici locali nella prospettiva dei principi di libera concorrenza*, Torino, 1999, 105 ss.; A. Niutta, A. Police, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 477 ss. secondo i quali, in particolare, il limite territoriale e funzionale stabilito dall'art. 22 della l. n. 142 del 1990, vincola solo gli enti territoriali ad assumere come servizi pubblici la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale, e non le società da questi partecipate, stante la separatezza tra ente pubblico azionista e società e considerata la diversità di fini di queste due persone giuridiche, l'una vincolata appunto al perseguimento dell'interesse pubblico della propria comunità, l'altra finalizzata allo svolgimento di un'attività economica a scopo di lucro; E. Scotti, *Società miste, legittimazione extraterritoriale e capacità imprenditoriale: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative al confronto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, 4, 777 ss.

²⁸ P. Piras, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 1994, 84 ss.; V. Buonocore, *Autonomia degli enti locali e autonomia privata: il caso delle società di capitali a partecipazione comunale*, in *Giur. comm.*, 1994, 1, 12 ss.; M. Cammelli, A. Ziroldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, Maggioli, 1999, 158 ss.; F. Goisis, *I limiti all'attività extra moenia delle società miste locali. Qualche riflessione critica anche alla luce del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 2, 560 ss., per il quale l'attività *extra moenia* della società locale può riflettersi a favore della collettività di origine a causa di una dimensione ottimale sovra-comunale del servizio, e dunque la questione dell'attività *extra moenia* finisce per confondersi con la questione della legittimità e delle forme di collaborazione istituzionale tra enti pubblici nella gestione, in comune, di servizi pubblici locali; G. Caia, *L'attività imprenditoriale delle società a prevalente capitale pubblico locale al di fuori del territorio degli enti soci*, in *Foro amm. TAR*, 2002, 5, 1568 ss., secondo il quale, in particolare, il vincolo funzionale comporta un difetto di legittimazione, e non una limitata capacità negoziale: «non si può predicare una incapacità astratta ed a tutti gli effetti delle società a prevalente capitale pubblico locale a svolgere attività imprenditoriali al di fuori del territorio degli enti locali soci ed in assenza di appositi strumenti di collegamento tra enti locali, ma solo una incompatibilità, da valutare di volta in volta, preordinata ad evitare che si verifichi un conflitto di interessi rispetto alla collettività di riferimento»; M. Dugato, *La concorrenza e l'extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, in *Giorn. dir. amm.*, 10, 2005, 1051 ss.

²⁹ Tar Lombardia, Brescia, 28 dicembre 1995, n. 1396, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1209.

i limiti operativi delle società partecipate

sostenuto che la società locale è un soggetto privato dotato di capacità imprenditoriale, legittimato a porre in essere tutte le attività non espressamente vietate dallo statuto³⁰.

Secondo una diversa soluzione interpretativa il limite funzionale avrebbe comportato in capo a tali società la mancanza di capacità o il difetto di legittimazione a partecipare alle gare fuori dal territorio di riferimento, nel caso in cui l'attività extraterritoriale non fosse stata rispondente agli interessi della comunità territoriale di riferimento.

Infatti, leggendo la definizione legislativa di servizi pubblici, come quelli aventi per oggetto la produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali, e osservando che lo strumento della società a partecipazione pubblica locale era legislativamente previsto proprio per la gestione di tali servizi, parte della giurisprudenza³¹ ha affermato che l'ente esponenziale della collettività insediata nel territorio non può legittimamente utilizzare la capacità privatistica per realizzare fini o interessi che trascendono l'ambito spaziale di sua pertinenza; si riconosceva così piena capacità di agire alle società locali, ma con il limite delle attività non dirette alla soddisfazione delle esigenze delle collettività locali³².

Inoltre, si è rilevato³³ che la disposizione che consentiva l'utilizzo della società a prevalente capitale pubblico per la gestione dei servizi pubblici locali, così come modificata dalla l. n. 127 del 1997³⁴, faceva specifico riferimento alla «natura o all'ambito territoriale del servizio»: l'intento della novella legislativa sarebbe stato allora quello di imprimere un vincolo funzionale, di scopo, alla nascita e all'operatività gestionale della società stessa. La *ratio* di questa limitazione funzionale, secondo tale interpretazione, era che

³⁰ Tar Abruzzo, Pescara, 25 luglio 1998, n. 507, in *Tar*, 1998.

³¹ Tra molte, Tar Liguria, sez. II, 8 maggio 1997, n. 134, in *Foro amm.*, 1998, 848.

³² Cons. St., sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374, in *Foro amm.*, 1990, 664. Nel caso di specie non si ritennero ammissibili le attività di gestione di agenzie di viaggio, il compimento di atti e operazioni finanziarie, industriali, commerciali, mobiliari e immobiliari per il conseguimento degli scopi sociali, assumendo interessenze e/o partecipazioni in altre società o imprese: in tali attività il collegamento con l'interesse della collettività locale è apparso al giudice inesistente, trattandosi di attività finalisticamente neutre.

³³ Tar Toscana, Firenze, sez. I, 15 gennaio 2001, n. 24, in *Foro amm.*, 2001, 1279.

³⁴ L'art. 22, c. 3, della l. n. 142 del 1990, dopo tale modifica prevedeva che i Comuni e le Province potessero gestire i servizi pubblici «e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati».

l'assunzione di altri impegni imprenditoriali, anche se coerenti agli scopi societari, al di fuori dell'ambito territoriale degli enti locali di cui la società era espressione, si sarebbe tradotta nella sottrazione di parte dell'organizzazione societaria (uomini, beni e risorse) alle esigenze della comunità locale, per la sua utilizzazione in scopi estranei a quelli per i quali la società stessa era stata costituita.

In seguito, il Consiglio di Stato³⁵ è giunto a una nuova posizione, secondo la quale il vincolo funzionale opera "in via residuale", solo allorché vi sia una distrazione di risorse e di mezzi tale da recare pregiudizio alla collettività di riferimento senza apprezzabili ritorni di utilità, da valutarsi in relazione all'impegno profuso e agli eventuali rischi finanziari corsi. Nel caso di specie il Collegio ha giudicato l'interesse imprenditoriale, e quindi il ritorno di tipo finanziario, unitamente al vantaggio consistente nell'esperienza acquisita per il Comune, come elementi idonei a legittimare l'attività extraterritoriale, considerando invece i rischi di tipo finanziario non tali da poter recare pregiudizio alla collettività di riferimento³⁶.

Nelle pronunce successive³⁷, dando seguito a questo indirizzo, si è affermato che occorre, caso per caso, verificare che l'attività extraterritoriale da un lato contribuisca al migliore perseguimento dell'interesse della collettività locale, e dall'altro non si traduca in un aumento di costi per essa, come aumento di tasse o tariffe, o in un peggioramento del servizio. Le innovazioni legislative, infatti, sarebbero comunque andate nel senso di rendere possibile l'attività extraterritoriale per le società miste poiché l'art. 35, l. n. 448/2001 l'aveva vietata, ma solo al termine di un periodo transitorio, e in seguito tale divieto era stato abrogato dal d.l. n. 269/2003. Proprio la previsione *ex novo* di tale divieto appariva, sul piano logico-interpretativo, indice del fatto che esso non esisteva in precedenza.

In alcune sentenze si è però sostenuto che il mero ritorno economico dell'attività extraterritoriale non è corrispondente a un interesse specifico della collettività di riferimento, e quindi non si è considerato valido argomento per ritenere rispettato il vincolo funzionale, poiché «proprio il ri-

³⁵ Cons. St., sez. V, 3 settembre 2001, n. 4586, in *Foro amm.*, 2001, 9.

³⁶ Così anche Cons. St., sez. V, 25 giugno 2002, n. 3448, in *Foro amm. CDS*, 2002, 1469, secondo il quale «possono ipotizzarsi casi di contiguità territoriale o comunque rapporti di interdipendenza territoriale che esigono il superamento dei confini amministrativi, ovvero anche (...) operazioni finanziarie non distoglienti in misura rilevante risorse o mezzi dall'ambito di originario riferimento».

³⁷ Tra molte, Cons. St., sez. VI, 7 settembre 2004, n. 5843, in *Foro it.*, 2005, III, 385; Cons. St., sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325, in *Foro amm. CDS*, 2004, 2620.

i limiti operativi delle società partecipate

schio imprenditoriale, e la conseguente perdita del capitale non incombe-
rebbe sulla società in quanto tale, ma sulla collettività»³⁸.

La mancanza di pregiudizio e la rispondenza allo specifico interesse della collettività di riferimento dell'attività extraterritoriale, secondo parte della giurisprudenza³⁹ era un presupposto soggettivo di ammissibilità alla gara stessa, la cui valutazione doveva essere riservata alla commissione deputata a valutare l'esistenza dei requisiti per la partecipazione alla gara; se le società miste risultavano prive di legittimazione in ordine all'assunzione del servizio extraterritoriale, era legittima la loro esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica.

Inoltre, secondo talune pronunce⁴⁰ erano le società stesse a dover offrire, in positivo, elementi di valutazione della loro capacità ad assumere anche il nuovo impegno, in modo da permettere alle commissioni giudicatrici di valutare la compatibilità di esso con il vincolo funzionale e, quindi, la loro legittimazione a partecipare alla gara. Non solo: in talune pronunce⁴¹ si è ritenuto che si potesse rilevare l'illegittimità dell'ammissione alla gara e dell'affidamento extraterritoriale se la commissione non avesse effettuato questa valutazione della compatibilità con il vincolo funzionale, non chiedendo i necessari chiarimenti alla società interessata.

Diversamente, in una decisione⁴² relativa a una società mista quotata, si è sostenuto che la valutazione della convenienza economica dell'investimento sarebbe rimessa all'organo di vertice della società costituito dai rappresentanti dei Comuni soci. Pertanto il giudice, al fine di valutare la coerenza dell'attività extraterritoriale con il vincolo funzionale, deve considerare solo la mancanza di pregiudizio arrecato alla collettività di riferimento.

³⁸ Cons. St., sez. IV, 29 settembre 2005, n. 5204, in *Foro amm. CDS*, 2005, 9, 2592.

³⁹ Tra molte, Tar Toscana, Firenze, sez. I, 15 gennaio 2001, n. 24, cit.; Tar Emilia-Romagna, Parma, 2 maggio 2002, n. 240, in *Foro amm. TAR*, 2002, 1565; Cons. St., sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, in *Riv. corte conti*, 2008, 4, 219.

⁴⁰ Tra molte, Cons. St., sez. V, 30 maggio 2005, n. 2756, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Giust. Amm. Sicilia, 21 marzo 2007, n. 197, in *Ragiufarm*, 2007, 99; Cons. St., sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, cit.; in senso critico M. Dugato, *La concorrenza e la extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, cit., secondo il quale l'onere che di imporre alle società miste che vogliono partecipare alle gare *extra moenia* di dimostrare l'utilità per la collettività di riferimento dell'azione extraterritoriale, rappresenta il tentativo giurisprudenziale di sostituirsi al legislatore nel bilanciamento tra l'interesse istituzionale dell'ente socio e la vocazione imprenditoriale della società.

⁴¹ Tra molte, Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 8 giugno 2007, n. 1209, in *Foro amm. TAR*, 2007, 6, 2232; Cons. St., sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, cit.

⁴² Cons. St., sez. V, 28 settembre 2005, n. 5196, in *Giur. it.*, 2006, 3, 615.

Nel caso specifico, non trattandosi di una società che faceva capo ad un singolo Comune, ma ad un elevato numero di enti locali; avendo l'oggetto sociale per scopo quello dell'esercizio, in Italia e all'estero, di molteplici attività; essendo l'appalto di non grande rilevanza se rapportato alle dimensioni del gruppo di cui la società faceva parte, e al capitale sociale, e poiché esso non impegnava le società operative partecipate dalla società capogruppo e attive nei Comuni, il giudice ha ritenuto che non si fossero sottratte ingenti risorse operative alle esigenze dell'ambito locale di origine⁴³.

Questo orientamento è stato seguito dalla giurisprudenza più recente.

Si è, infatti, affermato che non è necessario valutare l'utilità delle attività extraterritoriali per l'ente di riferimento se la società è configurata come società per azioni e ha notevoli dimensioni, palesemente eccessive rispetto all'ambito locale, poiché in questo caso è l'ente locale valuta a monte, all'atto della sua costituzione, la convenienza dell'extraterritorialità⁴⁴.

Si è, poi, ritenuto assente il titolo giuridico che, in assenza di una previsione di legge generale o di *lex specialis*, abilita l'ente affidante, e per esso la commissione di gara, ad esprimere una qualche valutazione sul rapporto, cui è estraneo, tra l'ente (o gli enti) costituenti o partecipanti e la società mista, e sulla capacità di questa di rispettare gli impegni assunti con l'area di riferimento: la sussistenza dell'interesse della società mista a partecipare a una gara *extra moenia* può essere valutata solo dal Comune che ha costituito la società⁴⁵.

Il più recente orientamento della giurisprudenza, quindi, ritiene che la valutazione dell'interesse a che la società a capitale pubblico locale partecipi a gare *extra moenia* non possa che essere effettuata dall'ente che rappresenta la comunità di riferimento⁴⁶.

2.2. Risvolti applicativi del vincolo funzionale

Che la società partecipata eroghi il servizio per la collettività rappresentata dall'ente territoriale socio è dunque presupposto per il rispetto del

⁴³ Così anche Tar Lazio, Roma, sez. III, 30 giugno 2008, n. 6333, in www.giustizia-amministrativa.it, confermata da Cons. St., sez. V, 15 maggio 2009, n. 3001, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁴ Cons. St., sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215, in *Foro amm. CDS*, 2009, 1, 230.

⁴⁵ Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3767, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁶ Così accade, per esempio, nel caso in cui il Comune, detenendo maggioranza del capitale sociale, autorizzi una modificazione statutaria finalizzata a consentire la partecipazione a tale gara, poiché così facendo dimostra di ritenere la gestione di tale attività extraterritoriale rispondente all'interesse della comunità di riferimento (Cons. St., sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214, in *Foro amm. CDS*, 2010, 7-8, 1496).

i limiti operativi delle società partecipate

vincolo funzionale, alla luce delle sue applicazioni nella giurisprudenza, in cui viene valutata, in negativo, la non incidenza sul servizio reso a tale collettività, e, in positivo, il vantaggio per essa.

In particolare, il vantaggio derivante dall'estensione dell'ambito operativo della società rispetto all'ambito territoriale, rispetto ai contraenti e rispetto all'oggetto dell'attività, potrebbe essere individuato nel risparmio di costi, grazie allo sfruttamento delle economie di scala, che reinvestiti possono far ottenere un miglioramento del servizio⁴⁷ e un abbassamento delle tariffe o tasse⁴⁸.

Sotto questo profilo, pertanto, problematico è il caso della partecipazione a gare *extra moenia* da parte di società che non siano affidatarie dirette presso gli enti soci, e che debbano concorrere a gare per l'affidamento di servizi, poiché esse potrebbero risultare non aggiudicatarie presso l'ente socio.

Quanto alle società a capitale pubblico-privato, si possono distinguere quelle rispondenti al modello della sentenza *Acoset*⁴⁹, e le società a capitale misto che non rientrano in tale modello.

Per le prime, il fatto che siano affidatarie del servizio presso l'ente che le ha costituite fa sì che possa essere rispettato il vincolo funzionale nel caso di attività extraterritoriale.

Diversa è la situazione di società miste, non rispondenti al modello indicato nella sentenza *Acoset*, affidatarie di servizi previa aggiudicazione in procedure ad evidenza pubblica, tra le quali anche le società miste quotate,

⁴⁷ In questo senso, Tar Lombardia, Milano, 16 ottobre 2003, n. 4807, in *Foro amm. TAR*, 2003, 2855, secondo cui, con particolare riferimento al servizio di gestione dei rifiuti, una gestione integrata del servizio «può concorrere a garantire un più razionale impiego delle risorse disponibili, con vantaggi che vanno oltre il mero risparmio finanziario derivante dalle economie di scala e che invece possono consentire una maggiore qualità del servizio con margini di sicurezza e di rispetto ambientali più elevati, ad esempio realizzando e utilizzando congiuntamente migliori impianti di stoccaggio, smaltimento e termodistruzione».

⁴⁸ Cfr. G. Rossi, *L'ambito territoriale e i rapporti della società con i soci terzi*, in F. Trimarchi (a cura di), *Le società miste per i servizi locali. Atti del convegno, Messina, 22-23 Novembre 1996*, Milano, 1999, 177.

⁴⁹ V., *infra*, par. 3.1. Si tratta di una società costituita specificamente al fine della fornitura di un servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato è selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato per le concessioni (CGUE, sez. III, 15 ottobre 2009, C-196/08, in *Foro amm. CDS*, 2009, 10, 2211).

una volta scaduto l'affidamento presso l'ente socio, o le società miste che sono risultato di dismissioni di partecipazioni di società *in house* a privati, in cui la selezione con procedure ad evidenza pubblica del privato non abbia ad oggetto il servizio da affidare⁵⁰.

Questo dato, cioè il fatto che la società debba concorrere sul mercato – una volta terminato l'affidamento in corso, nel caso di società miste che siano frutto di dismissioni di società *in house* – potrebbe rappresentare un ostacolo alla partecipazione a gare *extra moenia*, poiché si potrebbe verificare la possibilità che questa risulti affidataria presso altri enti e non presso l'ente socio.

Così anche per le ex società *in house*, cioè le società *in house* che abbiano partecipato alle gare indette da enti diversi da quello controllante, come consentito dalle diverse deroghe alle preclusioni stabilite per gli affidatari diretti⁵¹: per esse sorge il problema del rispetto del vincolo funzionale poiché può accadere che la società, cessato l'affidamento *in house*, non sia affidataria del servizio nel territorio dell'ente controllante, ma lo sia presso altri enti territoriali, essendo risultata aggiudicataria nelle gare indette da questi ma non presso l'ente di riferimento.

Accanto a questo profilo di rilevanza esterna del vincolo funzionale, applicato all'attività della società e rilevabile da soggetti terzi, quali gli enti affidanti e gli operatori economici concorrenti, dal punto di vista interno il vincolo funzionale limita l'attività degli amministratori, nella misura in cui essi sono limitati dall'oggetto sociale previsto nell'atto costitutivo.

Ciò nel senso che gli amministratori sono tenuti a compiere le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale (art. 2380-*bis* c.c.), le deliberazioni del consiglio di amministrazione che non sono prese in conformità dello statuto possono essere impugnate dal collegio sindacale e dagli amministratori assenti o dissenzienti (art. 2388, c. 4, del codice civile), e gli amministratori sono responsabili verso la società dei danni derivanti dall'inosservanza dei doveri ad essi imposti dall'atto costitutivo e dallo statuto per l'amministrazione della società (artt. 2260, 2392, e 2476 c.c.).

Il vincolo funzionale ha dunque rilevanza giuridica anche interna, quando l'oggetto sociale previsto dall'atto costitutivo di una società a parte-

⁵⁰ Infatti, l'art. 113, c. 12, d.lgs. n. 267 2000 prevede genericamente che l'ente locale possa «cedere del tutto o in parte la propria partecipazione nelle società erogatrici di servizi mediante procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza del periodo di affidamento»; il socio privato può dunque anche essere mero socio finanziario.

⁵¹ Sia consentito il rinvio a M. Roversi Monaco, *Società in house e gare*, in *Riv. trim. app.*, 3, 2011, 625 ss.

i limiti operativi delle società partecipate

cipazione pubblica locale preveda lo svolgimento di un'attività di servizio pubblico; tale attività, infatti, è funzionalmente rivolta a favore di una determinata comunità territoriale, cioè quella rappresentata dall'ente o dagli enti soci.

3. La tutela della concorrenza

3.1. Il dato europeo

La posizione dell'ordinamento europeo relativa ai limiti operativi delle società a partecipazione pubblica è finalizzata a tutelare la concorrenza nelle procedure ad evidenza pubblica, e questo obiettivo si articola in due esigenze.

La prima è quella di garantire la partecipazione più ampia possibile di offerenti⁵². In questa prospettiva è ammessa la partecipazione a gare di società a capitale pubblico, in forza del principio di neutralità e parità di trattamento tra imprese pubbliche e private⁵³; e anche in forza del divieto di escludere dalle gare i concorrenti che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione che costituisce l'oggetto del bando di gara. In relazione a quest'ultimo, infatti, la giurisprudenza⁵⁴ ha chiarito che non legittima le esclusioni fondate sulla titolarità di *status* di diritto pubblico.

È anche ammessa la partecipazione a gare di soggetti che ricevono da amministrazioni aggiudicatrici sovvenzioni, indipendentemente dalla loro natura – potendo essere tali la sottoscrizione di capitale⁵⁵ o l'affidamento diretto di altri servizi – che consentono loro di presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri offerenti che non ne beneficiano⁵⁶; il fatto che un operatore economico abbia una posizione privilegiata determinata da finanziamenti pubblici o aiuti di Stato non può giustificare l'esclusione⁵⁷.

⁵² Cfr. CGUE, 23 dicembre 2009, C-305/08, in *Foro amm. CDS*, 2009, 12, 2776, pt. 37, e giurisprudenza ivi richiamata.

⁵³ Artt. 345 e 106 TFEU.

⁵⁴ CGUE, 23 dicembre 2009, C-305/08, cit., pt. 31.

⁵⁵ Così Cons. St., sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325.

⁵⁶ Cfr. CGCE, 7 dicembre 2000, C-94/99, in *Urb. e ap*, 2001, 46.

⁵⁷ Cfr. CGUE, 23 dicembre 2009, C-305/08, cit., pt. 34 e 40. Però, in caso di offerte anormalmente basse dovute alla circostanza che l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato, trova applicazione l'art. 55, par. 3, della direttiva 2004/18, quindi, «in talune circostanze par-

La seconda esigenza, espressa dal quarto considerando della direttiva 2004/18/CE, è quella di garantire che la concorrenza non sia falsata a causa della partecipazione alla gara di soggetti che rientrano nella categoria degli organismi di diritto pubblico.

Considerazioni particolari vanno, però, fatte per le società *in house* e le società miste che rientrano nel modello della sentenza *Acoset*, in cui l'esigenza di garantire la concorrenza fa sì che siano sottoposte a particolari limiti operativi.

Infatti, la legittimità dell'affidamento diretto a società *in house* è riconosciuta dalla giurisprudenza europea in presenza delle note condizioni che denotano la non terzietà del soggetto *in house* rispetto all'ente aggiudicatore, cioè che sia costituito con capitale interamente pubblico⁵⁸, che l'ente pubblico affidante il servizio eserciti su di esso un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi, e che il soggetto *in house* svolga la propria "attività prevalente" a favore dell'ente affidante⁵⁹.

Il giudice europeo⁶⁰ ha specificato che al fine di integrare il requisito del "controllo analogo", l'impresa non deve avere una "vocazione commerciale" che lo renda precario. E questa vocazione risulta, tra l'altro, dall'espansione territoriale e materiale delle attività della società, e dalla possibilità di instaurare relazioni con imprese private⁶¹.

Il requisito della "attività prevalente"⁶², poi, è richiesto perché, afferma il giudice europeo, «un'impresa non è necessariamente privata della libertà di azione per la sola ragione che le decisioni che la riguardano sono prese dall'ente pubblico che la detiene, se essa può esercitare ancora una parte importante della sua attività economica presso altri operatori»⁶³: la società non deve quindi avere "libertà di azione", e cioè non deve svolgere attività sul mercato.

Ripercorrendo i punti di arrivo della giurisprudenza europea sulle modalità di valutazione del requisito in esame, nella sentenza *Carbotermo*⁶⁴ si

tticolari, l'amministrazione aggiudicatrice ha l'obbligo, o quanto meno la facoltà, di prendere in considerazione l'esistenza di sovvenzioni, ed in particolare di aiuti non compatibili con il Trattato, al fine eventualmente di escludere gli offerenti che ne beneficiano» (sent. cit. pt. 33).

⁵⁸ CGCE, 11 gennaio 2005, C-26/03, in *Foro amm. CDS*, 2005, 3, 665.

⁵⁹ CGCE, 18 novembre 1999, C-107/98, in *Urb. e ap* 2000, 1149.

⁶⁰ CGCE, 13 ottobre 2005, C-458/03, in *Foro amm. CDS*, 2005, 10, 2804.

⁶¹ CGUE, 10 settembre 2009, C-573/07, in www.curia.europa.eu.

⁶² CGCE, 18 novembre 1999, C-107/98, cit.; CGCE, 13 ottobre 2005, C-458/03, cit.; CGUE, 13 novembre 2008, C-324/07, in www.curia.europa.eu.

⁶³ CGCE, 11 maggio 2006, C-340/04, in *Giust. civ.*, 2006, 9, 1663.

⁶⁴ CGCE, 11 maggio 2006, C-340/04, cit.

i limiti operativi delle società partecipate

è stabilito che si debba esaminare da dove provenga la parte largamente maggioritaria del fatturato⁶⁵, essendo necessario che le prestazioni del soggetto *in house* siano “sostanzialmente destinate in via esclusiva all’ente locale” e che ogni altra attività risulti avere solo un carattere marginale.

Nella sentenza *Sea*⁶⁶ si è, inoltre, affermato che l’estensione dell’attività si desume dalle previsioni dello statuto societario che definiscono l’oggetto sociale: se questo prevede che la società gestisca i servizi pubblici locali riguardanti esclusivamente gli enti pubblici soci e nell’ambito dei territori di competenza di questi ultimi, si può ritenere rispettato il requisito della prevalenza dell’attività a favore degli enti controllanti. Inoltre, secondo la Corte tale requisito è rispettato anche se lo statuto permette di svolgere servizi a favore di soggetti privati, qualora tale attività sia meramente accessoria a quella principale, poiché non impedisce che l’obiettivo principale della società rimanga la gestione di servizi pubblici.

Quindi, da un lato, non sembra possibile dare una risposta generale alla domanda se lo svolgimento, da parte di un soggetto *in house*, di attività con enti diversi da quello controllante, valga a escludere i requisiti del controllo analogo e dell’attività prevalente, dovendosi valutare caso per caso se tale attività sia marginale e accessoria rispetto a quella di cui è affidatario, e non determini una vocazione commerciale che renda precario il controllo esercitato dall’ente pubblico. Per il giudice europeo, infatti, il requisito della prevalenza dell’attività con gli enti locali controllanti è presente anche quando la società *in house* svolga un’attività a carattere marginale con altri operatori diversi da questi enti, e non può essere interpretato nel senso di vietare ogni attività accessoria, anche con il settore privato⁶⁷.

Dall’altra parte, alla luce di queste pronunce emerge che per il giudice europeo il soggetto *in house* si trova limitato operativamente, riguardo ai soggetti possibili contraenti: in via “sostanzialmente esclusiva” devono essere tali l’ente o gli enti pubblici soci (o i soggetti da essi rappresentati); in via solo marginale possono esserlo altri enti pubblici e soggetti privati.

Quanto all’espansione territoriale dell’attività della società, essa è considerata un indice della mancanza del requisito del controllo analogo, anche se il giudice europeo non si è mai pronunciato nel senso di ritenere che lo

⁶⁵ Per esempio nella sentenza CGCE, 19 aprile 2007, C-295/05, in www.curia.europa.eu, il requisito in esame si ritiene presente poiché il soggetto *in house* realizzava mediamente più del 90% della sua attività con gli enti pubblici controllanti.

⁶⁶ CGUE, 10 settembre 2009, C-573/07, in *Guida al diritto*, 2009, 46, 80.

⁶⁷ CGUE, 10 settembre 2009, cit.

svolgimento di attività *extra moenia*, che si connoti come marginale e accessoria, possa pregiudicare il rapporto *in house*⁶⁸.

Tuttavia, nella Risoluzione del Parlamento europeo 2004 sul *Libro verde sui servizi di interesse generale*, punto 35, espressamente si «auspica che, in ossequio al principio di sussidiarietà, venga riconosciuto il diritto degli enti locali e regionali di “autoprodurre” in modo autonomo servizi di interesse generale a condizione che l’operatore addetto alla gestione diretta non eserciti una concorrenza al di fuori del territorio interessato».

Peraltro, un’indicazione ancor più esplicita in tal senso si rinviene nel regolamento relativo ai servizi pubblici di trasporto su strada e per ferrovia. Qui, infatti, si considera che l’“operatore interno”, peculiare tipologia di soggetto *in house*, non dovrebbe poter partecipare a procedure di gara al di fuori del territorio dell’autorità competente a livello locale, e che l’autorità che controlla l’operatore interno dovrebbe anche poter vietare a quest’ultimo di partecipare a gare organizzate nel suo territorio (Reg. CE n. 1370/2007, considerando n. 18); inoltre, si dispone che tale soggetto possa esercitare la propria attività solo nel territorio dell’autorità competente a livello locale, e non possa partecipare a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto di passeggeri organizzate al di fuori di questo (Reg. CE n. 1370/2007, art. 5, c. 2).

Quanto alle società miste che rispondono al modello Acoset, il giudice europeo non si è mai pronunciato sancendo, come per le società *in house*, che queste debbano operare prevalentemente con l’ente socio.

Tuttavia, la necessità di rispettare il diritto europeo in materia di concorrenza comporta due conseguenze.

In primo luogo la società originariamente costituita per la gestione di uno o più servizi non può beneficiare di altri affidamenti diretti, poiché il socio privato sarebbe favorito rispetto ad altre imprese.

In secondo luogo non può modificarsi l’oggetto sociale per affidare alla società altri servizi pubblici, poiché è difficile garantire che la selezione del socio privato abbia ad oggetto l’intero spettro dei servizi considerati.

Essenziale è, quindi, come rilevato⁶⁹, la puntuale definizione del tipo di

⁶⁸ Cfr. G. Stancanelli, I. Moscardi, R. De Nictolis, *Gli affidamenti in house*, in M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008, 336.

⁶⁹ Cfr. M. Giorello, *L’affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 929 ss.; R. de Nictolis, *La Corte CE si pronuncia in tema di tutela nella trattativa privata, negli affidamenti in house e a società miste*, in *Urb. app.*, 2005, 3, 295 ss.; F. Gualtieri, *Società miste ed in house providing: un rapporto da definire*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, 3, 467 ss.

i limiti operativi delle società partecipate

attività costituente oggetto della gara, in modo da renderla meno nebulosa, e la “cristallizzazione” dell’oggetto sociale, evitando che venga modificato con l’introduzione di nuovi incarichi non previsti nell’originario bando di gara.

In tal senso, il *Libro verde sui servizi di interesse generale* afferma: «occorre che le condizioni relative alla creazione dell’impresa siano chiaramente stabilite in occasione della pubblicazione del bando relativo agli incarichi che si desiderano affidare al partner privato». E ancora: «nel caso della creazione di impresa *ex novo* nel quadro di una procedura d’aggiudicazione d’appalto, in cui la procedura lanciata dall’amministrazione aggiudicatrice mira alla creazione di un’entità mista cui vengono affidati determinati compiti, si rischia di violare i principi di trasparenza e parità di trattamento, perché problematica è la definizione dell’oggetto del contratto» (*Libro verde*, punti 57-59).

La costituzione della società, la scelta del socio privato operativo e l’affidamento devono dunque avvenire per servizi “determinati”: non è ammissibile una società mista aperta o generalista cui affidare in via diretta, dopo la sua costituzione, un numero indeterminato di appalti o di servizi pubblici⁷⁰.

Questo aspetto viene chiarito e specificato nella citata sentenza della Corte di giustizia europea, *Acosef*: seguendo quanto già affermato dalla Commissione europea nella *Comunicazione interpretativa sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati* 2008, in essa si riconosce la legittimità dell’affidamento diretto di un servizio pubblico a una società a capitale misto, giudicando conforme al diritto europeo il modello di società mista delineato dal giudice italiano (e che era stato positivizzato nell’art. 23-bis, c. 2, lett. b), d.l. n. 112/2008; poi nell’art. 4, c. 12, d.l. n. 138/2011), a talune condizioni.

In tale pronuncia la Corte afferma che il requisito fondamentale che consente di ritenere che non siano violati i principi europei in materia di concorrenza è che la società a capitale misto «sia costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell’offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta proce-

⁷⁰ Nella giurisprudenza interna, v. Cons. St., sez.V, 13 febbraio 2009, n. 824, in *Ragiusan*, 2009, 305-306, 153.

dura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato CE per le concessioni». La società mista con socio scelto con gara e poi affidataria del servizio senza ulteriore procedura ad evidenza pubblica deve, quindi, avere oggetto sociale esclusivo: «deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione e qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporta l'obbligo di indire una gara»⁷¹.

Nella citata Comunicazione sui partenariati si riconosce la possibilità di adeguamenti, necessari dato che in genere il partenariato è costituito per un periodo abbastanza lungo; ma tale possibilità deve essere prevista e delimitata nel bando di gara o nel capitolato d'onori, in modo tale che tutte le imprese interessate a partecipare all'appalto ne siano a conoscenza e si trovino su un piano di parità nel formulare l'offerta. Come riconosciuto nelle conclusioni dall'Avv. Generale Colomer, «l'intento del PPPI non deve mutare durante l'esecuzione, benché non sia vietato adeguarlo alle innovazioni tecnologiche o all'abilità del socio privato, sempre che non siano alterate le condizioni essenziali della gara»⁷².

Dunque, anche se l'affidamento a questo tipo di società mista rappresenta ormai un'ipotesi di esternalizzazione, parificata all'affidamento con procedura ad evidenza pubblica a operatore economico privato, permangono dei limiti operativi che risiedono proprio nella configurazione del modello.

In conclusione, nella prospettiva europea non è preclusa alle società miste la partecipazione a gare *extra moenia*; unico limite operativo è quello relativo ai servizi svolti dalla società, che possono essere solo quelli previsti nell'oggetto sociale nel momento della scelta del socio privato.

3.2. La posizione del giudice amministrativo

Il giudice amministrativo ha talvolta negato l'ammissibilità della partecipazione a gare di società a capitale pubblico, anche prescindendo dalla presenza in esse dei caratteri dell'organismo di diritto pubblico, considerando distorsiva della concorrenza la titolarità di "privilegi".

Questi sono stati perlopiù individuati nell'aver in partenza un mercato protetto, derivante da affidamenti diretti⁷³.

⁷¹ CGCE, 5 ottobre 2000, C-337/98, in www.curia.europa.eu, e CGCE, 19 giugno 2008, C-454/06, in www.curia.europa.eu.

⁷² Conclusioni 2 giugno 2009, in www.curia.europa.eu.

⁷³ Tar Lazio, Roma, sez. II, 5 giugno 2007, n. 5192, in *Giur. it.*, 2007, 12, 2880; Tar Lom-

i limiti operativi delle società partecipate

Riguardo, poi, alle società *in house*, per verificare la presenza del requisito della “attività prevalente” la giurisprudenza effettua un esame dell’ambito operativo delineato nello statuto societario: laddove questo abbia previsto la facoltà di operare al di fuori del territorio comunale e di concludere contratti con terzi, si ritiene non si configuri una società *in house*⁷⁴; se, invece, è statutariamente imposto che la società indirizzi la parte più rilevante della propria attività all’ente o agli enti pubblici controllanti, si ritiene soddisfatto il requisito dell’attività prevalente⁷⁵.

Per i giudici, inoltre, si deve dimostrare, oltre all’esiguità dei servizi, opere o beni resi al privato o a soggetti pubblici diversi da quelli controllanti, la quasi inesistente valenza di essi nella strategia aziendale e nella collocazione dell’affidatario diretto nel mercato⁷⁶: si devono valutare non solo dati quantitativi, ma anche gli elementi che facciano desumere la propensione del soggetto *in house* a effettuare determinati investimenti di risorse economiche in altri mercati, in vista di un’eventuale espansione in settori diversi da quelli rilevanti per l’ente pubblico conferente⁷⁷.

La giurisprudenza interna, quindi, si è perlopiù allineata nel senso di

bardia, Brescia, sez. II, 27 maggio 2010, n. 2164, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si afferma che vi può essere distorsione della concorrenza se la quota di mercato detenuta non è stata «il frutto di una sana conquista, ottenuta all’esito di una competizione paritaria con gli altri operatori economici», ma è stata acquisita «in maniera anomala, senza sottoporsi al meccanismo selettivo capace di individuare l’offerta oggettivamente migliore»; nei medesimi termini Tar Lombardia, Brescia, sez. I, 26 novembre 2008, n. 1689, in www.giustizia-amministrativa.it.

In questo senso, si veda la pronuncia del CGA, 4 settembre 2007, n. 719, in *Ragiufarm*, 2007, 102, 44, in cui si afferma che tali affidamenti diretti fanno sì che l’impresa usufruisca, sostanzialmente, di un aiuto di Stato, «di una provvidenza economica pubblica atta a diminuirne o coprirne i costi», garantendo all’impresa l’acquisizione sicura di contratti: «un minimo garantito». In una tale situazione, sostiene il giudice, ogni ulteriore acquisizione contrattuale potrà avvenire offrendo sul mercato condizioni concorrenziali, poiché l’impresa non deve imputare al nuovo contratto anche la parte di costi generali già coperta, ma solo il costo diretto di produzione, alterando la *par condicio* delle imprese (così anche Cons. St., sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, cit.).

⁷⁴ Tra molte, T.R.G.A. Bolzano, 8 marzo 2007, n. 91, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Sicilia, Palermo, 13 gennaio 2012, n. 44, in *Foro amm. TAR*, 2012, 1, 295.

⁷⁵ Cfr. TAR Milano, 10 dicembre 2008, n. 5759, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁶ Cfr. CGA, 4 settembre 2007, n. 719, cit. La marginalità dell’attività svolta sul mercato starebbe nella complementarità di tale attività rispetto alle altre gestite *in house*, o nella preordinazione a non disperdere le utilità generate dalla produzione *in house* del servizio, secondo S. Colombari, *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*, in *Urb. app.*, 2008, 2, 211 ss.

⁷⁷ C. cost., 23 dicembre 2008, n. 439, in *Foro amm. CDS*, 2008, 12, 3250.

non giudicare ammissibile la partecipazione a gare di soggetti *in house*, ritenendosi che lo svolgimento di attività *extra moenia* escluda a priori il requisito dell'attività prevalente⁷⁸.

Quanto invece alle società miste, in alcune occasioni⁷⁹ il giudice amministrativo aveva richiesto che la società mista svolgesse la propria attività prevalentemente con gli enti pubblici soci costituenti o partecipanti, estendendo ad essa un requisito che il giudice europeo aveva stabilito solo per le società *in house*⁸⁰.

L'orientamento della giurisprudenza è però mutato, in corrispondenza con la trasformazione del modello della società mista in quello poi consacrato con la sentenza *Acoset*, parificato a una forma di esternalizzazione.

Infatti, inizialmente si poteva ritenere che le società miste fossero incluse nel novero dei soggetti sottoposti alle preclusioni stabilite per gli affidatari diretti di servizi pubblici locali. L'art. 23-*bis*, c. 9, d.l. n. 112/2008, come modificato dal d.l. n. 135/2009, aveva assoggettato esplicitamente ai divieti di acquisire la gestione di servizi ulteriori o in ambiti territoriali diversi, e di svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, sia direttamente, sia tramite controllanti o controllate o partecipate, sia partecipando a gare, le società di gestione di servizi pubblici locali “in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b)”, che prevedeva appunto il modello di società mista con socio privato scelto con procedura ad evidenza pubblica avente ad oggetto specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio; peraltro il medesimo articolo, specificando successivamente che «il divieto (...) non si applica al socio selezionato ai sensi della lettera b del comma 2», confermava l'applicabilità dei predetti limiti a tali società.

⁷⁸ Cfr. CGA, 4 settembre 2007, n. 719, cit.; Tar Liguria, Genova, sez. II, 15 maggio 2008, n. 1013, in *Foro amm. TAR.*, 2008, 5, 1264; Cons. St., sez. V, 23 settembre 2010, n. 7080, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., sez. V, 24 settembre 2010, n. 7092, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁷⁹ Cons. St., sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, cit.; Cons. St., sez. V, 25 agosto 2008, n. 4080, in *Riv. Corte Conti*, 2008, 4, 219; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 15 settembre 2008, n. 4061, in *Foro amm. TAR.*, 2008, 9, 2352; Cons. St., sez. VI, 16 marzo 2009, n. 1555, in *Foro amm. CDS*, 2009, 3, 789. Particolarmente restrittiva sul punto è la lettura di Tar Piemonte, Torino, sez. II, 4 giugno 2007, n. 2539, in *Ragiusan*, 2008, 293-294, 99, in cui si rileva che l'art. 13 del decreto Bersani deve essere letto nell'ottica giusta la quale il legislatore nazionale ha voluto ricondurre le società miste, sconosciute all'ordinamento comunitario, nell'alveo della compatibilità con tale ordinamento, imponendo che esse operino esclusivamente con gli enti costituenti, partecipanti o affidanti.

⁸⁰ Parere Cons. St., sez. II, 18 aprile 2007, n. 456, cit.

i limiti operativi delle società partecipate

La giurisprudenza, tuttavia, anche prima che il legislatore, con l'art. 4, c. 33, d.l. n. 138/2011, escludesse espressamente le società miste dal suo ambito applicativo, aveva affermato che, essendo tali società forme di esternalizzazione, non ipotesi di affidamento diretto, l'affidamento ad esse del servizio sarebbe stato, ai fini della tutela della concorrenza e del mercato, del tutto equivalente a quello attuato mediante pubblica gara, sicché sarebbe risultata irragionevole ed immotivata, anche alla luce dei principi europei in materia, l'applicazione a tali società dei divieti previsti per gli affidatari diretti. Si sarebbe, perciò, dovuta preferire l'interpretazione della disposizione «secondo cui il divieto in parola si applica solamente alle società che già gestiscono servizi pubblici locali a seguito di affidamento diretto o comunque a seguito di procedura non ad evidenza pubblica, con la precisazione che rientrano nel concetto di evidenza pubblica (“ovvero”) anche le forme previste dal comma 2, lett. b), dell'art. 23 *bis*»⁸¹.

Sia nella lettura dell'attuale giurisprudenza, sia nella visione del legislatore, dunque, la partecipazione a gare *extra moenia* di società miste che erogano servizi pubblici locali non si pone in contrasto con la disciplina della concorrenza.

4. Osservazioni conclusive

Alla luce dell'analisi sin qui condotta, si possono, sinteticamente, trarre le seguenti osservazioni.

La necessità di rispettare il vincolo funzionale comporta che l'ambito operativo delle società in esame, quindi l'attività *extra moenia*, l'attività svolta con soggetti diversi dai soci, e l'oggetto dell'attività sociale, si debba tradurre in un vantaggio per la comunità territoriale di riferimento.

L'utilità, per la comunità territoriale di riferimento, della scelta dell'ente locale di costituire o partecipare a una società destinata a operare sul mercato, anche al di fuori del proprio ambito territoriale, potrebbe essere individuato nel risparmio di costi e la possibilità di effettuare reinvestimenti per una gestione più efficiente del servizio, ottenuti grazie allo sfruttamento delle economie di scala, e quindi nel miglioramento della gestione del servizio erogato alla comunità territoriale di riferimento o nell'abbassamento delle tariffe o tasse su di essa gravanti.

⁸¹ Tar Calabria, Reggio Calabria, 16 giugno 2010, n. 561, in *Guida al diritto*, 2010, 33-34, confermata da Cons. St., sez. V, 11 aprile 2011, n. 2222, in *Guida al diritto*, 2011, 20, 77; Tar Calabria, Reggio Calabria, 11 aprile 2011, n. 298, in www.giustizia-amministrativa.it.

Presupposto perché ciò si realizzi è che la società eroghi il servizio anche nel territorio dell'ente socio. Sembra possibile affermare, dunque, che il vincolo funzionale implichi che la società debba erogare il servizio per la collettività di riferimento.

Pertanto, può sostenersi che la necessità di rispettare questo vincolo contrasti con la partecipazione a gare *extra moenia* di società che non siano affidatarie di servizi presso gli enti soci. Ciò rappresenta una problematica che coinvolge sia le società miste, non rispondenti al modello indicato nella sentenza Acoset, che per ottenere l'affidamento di servizi debbano essere selezionate con procedure ad evidenza pubblica, sia le ex società *in house*, cioè le società *in house* che abbiano partecipato a gare indette da enti diversi da quello controllante.

Sotto il profilo della tutela della concorrenza, invece, è da registrare il dato europeo relativo alle società *in house*, che richiede la mancanza di vocazione commerciale e che l'attività della società sia svolta prevalentemente con gli enti locali controllanti. Per il diritto europeo, dunque, il soggetto *in house* si trova limitato operativamente, riguardo ai soggetti possibili contraenti: in via "sostanzialmente esclusiva" devono essere tali l'ente o gli enti pubblici soci (o la comunità di utenti da essi rappresentata); in via solo marginale possono esserlo altri enti pubblici e soggetti privati.

Quanto all'espansione territoriale dell'attività della società, in generale essa è considerata indice della mancanza del requisito del controllo analogo, e sia nella Risoluzione del Parlamento europeo 2004 sul *Libro verde sui servizi di interesse generale*, sia nel regolamento relativo ai servizi pubblici di trasporto su strada e per ferrovia si afferma un limite territoriale all'operatività del soggetto *in house*.

Infine, riguardo alle società miste che rispondono al modello Acoset, esse si trovano limitate operativamente in quanto l'oggetto sociale non può essere ampliato, dovendo l'attività rimanere quella per cui il socio privato è stato selezionato.

Abstract

The paper focuses on the limits of public and semi-public companies held by local authorities, which provide public services of economic interest, namely the limits to expanding the activity from the point of view of contractors and users, services and activities.

To this end, the article considers the cases of exclusion from participation in public tendering procedures, the issue of the link between each company and its local public partner, and the matters relating to the protection of competition in the market.

GIOVANNA MARCHIANÒ

WHITE LIST, ELENCHI DI MERITO E RATING DI LEGALITÀ: SEMPLIFICAZIONE AMMINISTRATIVA?

SOMMARIO: 1. Il metodo delle c.d. liste per la qualificazione delle imprese. – 2. Problemi *de jure condito* e *de jure condendo* in tema di idoneità delle imprese nella contrattualistica pubblica. – 3. L'elenco delle imprese. – 3.1. Il ruolo dell'Autorità di Vigilanza: problemi e prospettive. – 3.2. Il *rating* delle imprese adottato dall'Autorità Antitrust. – 3.3. Le *white list* istituite presso le prefetture con particolare riferimento all'esperienza maturata nelle zone sismiche. – 3.4. Le liste di merito nella legge regionale per l'Emilia Romagna. – 4. Le incrinature al principio di adozione dei «*bandi tipo*» e della tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche. – 5. Una semplificazione complicante.

1. Il metodo delle c.d. liste per la qualificazione delle imprese

Il presente lavoro intende mettere in luce come in tema di qualificazione/idoneità delle imprese, sembra che si sia “scoperto”, solo oggi, il metodo delle c.d. liste, ovvero la prospettiva di inserire gli operatori economici virtuosi, in specifici elenchi per rendere più agevole il compito degli amministratori nel controllo sulla serietà dell'impresa nei contratti ad evidenza pubblica. L'idea non è sicuramente né nuova né tanto meno garante della idoneità dell'impresa, ma come spesso accade, ci si è lasciati “conquistare” da tale metodologia, quale panacea di tutti i mali. Tutto ciò ha portato ad un moltiplicarsi di “liste” in quanto ciascuna Autorità o soggetto pubblico si è assunto il compito di proporre una sua *white list*. Si assiste, pertanto, ad un proliferare di liste di merito che, sia pure con obiettivi apparentemente diversi, tendono a sovrapporsi venendo a creare una più accentuata burocratizzazione in tema di qualificazione delle imprese, che sicuramente non snellisce la materia, ma la rende ancora più complessa accrescendone il profilo formalistico. Nel presente lavoro, si intende comparare gli elenchi delle imprese adottati dalla Autorità di vigilanza, dall'Autorità antitrust, dalla legge antimafia presso le prefetture e dalla Regione Emilia Romagna, al fine di sottolinearne gli aspetti di sovrapposizione che costringeranno le imprese ad una proliferazione dei documenti da presentare, rendendo così la fase di

qualificazione e/o attribuzione dei contratti, ancora più complessa di quanto già non lo sia nell'attuale codice degli appalti ed ampliando i casi di inidoneità a contrarre con l'amministrazione. È pur vero che l'aver lasciato un'ampia discrezionalità alle singole stazioni appaltanti, ha creato un ampio contenzioso proprio in tema di qualificazione delle imprese, con evidenti riflessi negativi soprattutto in tema di tempistiche dell'esecuzione dei lavori o dei servizi, nonché dei costi finali gravanti sulla collettività. Né in verità, il c.d. bando-tipo previsto dalla normativa vigente, era riuscito ad evitare che la stazione appaltante potesse aggiungere requisiti ulteriori dell'operatore a garanzia di un "presunto" interesse pubblico, ma, siffatto contesto, tende oggi ad accentuarsi ulteriormente con la previsione di iscrizioni alle liste oggetto della presente indagine. Ciò porta le imprese a non considerare conveniente contrarre con la pubblica amministrazione, oltre che per gli aspetti relativi ai pagamenti di cui da tempo si discute, anche per la mole di documenti che la sola partecipazione alla gara richiede all'operatore privato. In verità la via che da più parti veniva auspicata, era quella della semplificazione della fase di partecipazione ad una gara da parte delle imprese e della tassatività delle cause di esclusione, non certo di un aumento del profilo burocratico dei contratti pubblici, come invece, la previsione di una pluralità di liste, può dar luogo.

Il vero è che ciascuno degli attori, ovvero sia le autorità amministrative indipendenti, sia le prefetture, ritengono di essere i "garanti" delle imprese che contraggono con la pubblica amministrazione. Si ha la sensazione (tralasciando l'esperienza della Regione Emilia Romagna che, come si dirà, risente di un contesto specifico) che, anche per la contestualità degli interventi, tutti i soggetti sopra citati non intendono perdere terreno nel quadro del tema in oggetto. La vera criticità di questo sistema non deriva, ad avviso di chi scrive, dall'intervento *ex se* in un settore, come quello degli appalti pubblici particolarmente delicato (ed economicamente molto rilevante) ma dalla sovrapposizione degli interventi che in questi anni sono interposti a vario titolo nei contratti ad evidenza pubblica. Pertanto, poiché i meccanismi risultano particolarmente complessi, si dovranno analizzare le singole situazioni alla luce del diritto positivo, evidenziandone le criticità.

2. Problemi *de jure condito* e *de jure condendo* in tema di idoneità delle imprese nella contrattualistica pubblica

Prima di affrontare in modo specifico le singole liste di merito, pare opportuno inquadrare il tema della qualificazione degli operatori econo-

mici nell'ambito della contrattualistica pubblica che funge da parametro per verificare l'efficienza delle soluzioni che si sono intese adottare.

Occorre premettere che in materia di contratti ci si era avviati verso la creazione di un sistema di qualificazione delle imprese identico e/o equipollente per numero e tipologia, non solo all'interno del territorio nazionale, ma capace di coordinarsi con un sistema europeo, sotto la spinta dell'acquisita necessità volta al superamento del formalismo documentale per rapportarsi a criteri reputazionali dell'impresa. Inoltre, il tentativo non del tutto riuscito, era quello di sottrarre potere discrezionale alla singola stazione appaltante a favore di un sistema uniforme in merito ai requisiti dell'impresa chiamata a contrattare con l'amministrazione.

In questo modo si voleva, e si vuole, dare risposta ad una maggiore semplificazione della procedura di gara, come emerge dalla Proposta di Direttiva europea del 20 dicembre 2011, lì dove nel considerando 33 si fa riferimento ad un sistema informatico *e-Certis*, il cui scopo è quello di facilitare lo scambio di certificati fra le amministrazioni aggiudicatrici a livello europeo¹.

L'utilizzo dell'*e-Certis*, nella prospettiva adottata in sede comunitaria, tende a diventare obbligatorio per tutti gli Stati membri sia pure fondandosi, in un primo momento, su base volontaria. Accanto a tale sistema va poi ricordato il sistema IMI, che nella Proposta di direttiva risulta essere la risposta alla necessità della cooperazione tra le stazioni appaltanti di tutti gli Stati membri. In definitiva, le due proposte rispondevano e rispondono al medesimo obiettivo: semplificare il procedimento di selezione delle imprese avvalendosi di una documentazione riferitasi alla qualità e ai requisiti propri dell'impresa certificata riconosciuta a livello europeo².

In tal modo ci si propone la realizzazione del c.d. *passaporto europeo* per gli appalti pubblici, redatto sulla base di criteri uniformi per tutti gli opera-

¹ Nella proposta di direttiva si legge che la Commissione mette a disposizione e gestisce un sistema elettronico – *e-CERTIS* che viene aggiornato e verificato su base volontaria dalle Autorità nazionali. L'obiettivo è quello di favorire lo scambio di certificati e altri documenti probatori richiesti in genere dalle amministrazioni aggiudicatrici. Sul punto nelle relazioni proposte, si rileva come l'esperienza finora acquisita, non consenta di verificare se tale sistema possa semplificare e agevolare gli scambi di documentazione tra le stazioni appaltanti, soprattutto in relazione alle PMI. Da qui la necessità di prevederne il regime obbligatorio per un periodo di tempo salvo verifica dello strumento.

² Tramite la previsione di un documento standard che costituisce il mezzo di prova di assenza di motivi di esclusione dell'impresa dal contrarre con la pubblica amministrazione, si mira a facilitare per le imprese, la produzione effettiva delle prove documentali in sede di gara, anche attraverso una dematerializzazione dei documenti.

tori economici europei, secondo quanto dispone la Proposta di Direttiva 20 dicembre 2011³. Il passaporto europeo, inoltre, secondo le intenzioni del legislatore comunitario, deve essere ammesso da tutte le amministrazioni aggiudicatrici operanti nell'area dell'Unione, come prova del rispetto delle condizioni di partecipazione in esso previsto e non può essere contestato dalle singole amministrazioni, se non per giustificati motivi che vanno esplicitati in modo dettagliato⁴.

Va da sé che l'introduzione del *passaporto europeo* richiede necessari interventi legislativi uniformi in tutti gli Stati membri, posto che l'adozione dello stesso, se assunto in modo differente in ogni singolo Stato, potrebbe dar luogo ad applicazioni non conformi ai principi europei in merito alla libera prestazione dei servizi e alla libertà di stabilimento, contenute nel Trattato sul Funzionamento dell'Europa (TFUE) e già stabilito nella Direttiva 2006/123/CE.

Proprio per ovviare a tali problematiche si è reputato di dover adottare certificati standardizzati così come previsto nell'art. 60 della citata Proposta di direttiva, redatti con regole uniformi per tutti gli ordinamenti mediante applicazione informatica garantita da una revisione periodica degli stessi.

In tal senso la Commissione con il Libro Verde sulla modernizzazione della politica della UE, ha messo in evidenza che l'aumento delle garanzie procedurali, per contrastare prassi commerciali scorrette a livello UE, tende a rendere le *procedure d'appalto meno vulnerabili alla corruzione ma più «pesanti»*; da qui si è evidenziato che l'introduzione di garanzie supplementari, comporta ulteriori oneri a carico dei committenti e delle imprese, talché

³ Si osservi che il legislatore europeo, abilita la Commissione ad adottare atti delegati, al fine di modificare l'allegato XIII per motivi inerenti al progresso tecnologico, o per ragioni "amministrative", sempre legate all'obiettivo primario della fluidificazione del procedimento di selezione della gara. Da ultimo non si può fare a meno di sottolineare come in merito al passaporto europeo, mentre tale proposta viene mantenuta dal Parlamento, oggi il Consiglio ha chiesto di togliere la previsione facendo salva la possibilità di utilizzo delle banche dati nazionali ex art. 57, Proposta di direttiva 20 dicembre 2011.

⁴ Nel caso di appalti pubblici di servizi o di forniture, le specifiche contenute in un documento, che definiscono le caratteristiche richieste di un prodotto o di un servizio, traccia: i livelli di qualità, i livelli di prestazione ambientale, le ripercussioni sul clima, una progettazione che tenga conto di tutte le esigenze (compresa l'accessibilità per i disabili) e la valutazione della conformità, la proprietà d'uso del prodotto, la sicurezza o le dimensioni, compresi i requisiti applicabili al prodotto quali la denominazione di vendita, la terminologia, i simboli, il collaudo e i metodi di prova, l'imballaggio, la marcatura e l'etichettatura, le istruzioni per l'uso, i processi e i metodi di produzione ad ogni stadio del ciclo di vita della fornitura o dei servizi, nonché le procedure di valutazione della conformità.

si è auspicata la necessità di operare una ponderazione tra le garanzie rispetto all'impatto negativo che queste avrebbero sull'obiettivo finale di semplificazione delle procedure⁵. Tutto ciò ha dato luogo ad un ampio dibattito inerente la necessità di non riconoscere all'amministrazione appaltante una libertà incondizionata nella scelta dei criteri di ammissione, pena lo stravolgimento della concorrenza a danno del mercato. Il problema che si pone concerne, da un lato, la capacità della stazione appaltante di gestire la gara, dall'altro alla uniforme applicazione delle *cause di esclusione* (comprendive sia di quelle di inidoneità a contrarre, sia di mancanza di requisiti tecnici) previste a livello domestico dal Codice degli appalti e successive modificazioni⁶. In risposta a tale esigenza nel nostro sistema si è pervenuti alla creazione di una serie di "liste" per le imprese, su base volontaria, volte ad attestare i requisiti generali, i requisiti professionali e le garanzie delle imprese che in esse si iscrivono o vengono iscritte. In questo modo assumono rilievo non solo i requisiti generali dell'impresa condizionanti l'accesso alla gara pubblica, ma anche altri requisiti che sovente hanno effetto escludente dalla iscrizione e che sono introdotti dalle liste stesse. Pertanto, le cause di esclusione vengono ad ampliarsi, fermo restando la distinzione tra le clausole di esclusione *ex art. 38*, Codice degli appalti e le altre cause

⁵ *La ratio* è quella desumibile dalla proposta di direttiva europea del 20.12.2011, nella quale si sottolinea che per una modernizzazione del mercato degli appalti, è necessaria l'oggettivizzazione dei criteri espressi nel bando per l'individuazione delle offerte migliori; sotto il profilo qualità-prezzo, la domanda dell'amministrazione deve essere sempre rapportata all'oggetto del contratto, al quale, altresì, devono essere riferite le specifiche tecniche e tutto quanto richiesto per l'aggiudicazione dello stesso. Si rinvia a C. Pappagallo, *Semplificare la semplificazione in La tela di Penelope. Primo rapporto ASTRID sulla semplificazione legislativa e burocrazia*, Bologna, Il Mulino, 2010, 85 ss.

⁶ Da tempo anche l'Autorità di vigilanza, segnala la necessità di una riduzione delle stazioni appaltanti, al fine di accorpare la domanda pubblica e prevederne una gestione unica. L'Autorità non ha mancato di evidenziare l'importanza degli strumenti di aggregazione della committenza pubblica, qualificandoli alla stregua di un fenomeno fondamentale per offrire un supporto specialistico idoneo a consentire una *gestione* trasparente ed efficace delle procedure di gara, a valle della programmazione strategica dei bisogni e delle risorse, in vista della previsione del rischio di infiltrazioni illegali, nel pieno rispetto dei canoni di efficienza e di economicità. È, infatti, indicativo che l'Autorità, annoveri tra i suoi obiettivi quello dell'elaborazione di linee guida in relazione sia alle modalità di costituzione delle stazioni uniche appaltanti, ovvero delle centrali uniche di committenza, sia alla corretta redazione dei documenti di gara e alla gestione delle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, anche attraverso mirati piani di formazione. Si veda lo studio elaborato nel 2012 dal Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione F. Patroni Griffi, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione*, avente ad oggetto l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione.

di esclusione, che, venendo a precludere l'iscrizione in talune liste, si riverberano anch'esse sull'idoneità dell'impresa a contrarre con l'amministrazione.

In definitiva, la pluralità di liste oggi in atto, crea non solo problemi di sovrapposizione e di incertezza giuridica, ma non semplifica la procedura di selezione di gara, anzi, per alcuni versi, confonde il quadro giuridico di riferimento sui requisiti dell'impresa.

3. L'elenco delle imprese

3.1. L'Autorità di Vigilanza: problemi e prospettive

Prima di esaminare le nuove *liste di imprese* realizzate in quest'ultimo periodo, occorre partire dal ruolo che, proprio da ultimo è venuta ad assumere l'Autorità di vigilanza, sia nei confronti delle imprese, sia nei confronti delle stazioni appaltanti⁷. Com'è noto, nel quadro normativo nazionale, l'Autorità di vigilanza non solo funge da banca dati, ma essa stessa propone la realizzazione di liste di merito per le imprese o di *black list* per le stazioni appaltanti che non si adeguino a quanto previsto dalla legislazione in materia. In verità si sono venute ad implementare le informazioni che, per ciascuna impresa, vengono inviate presso l'osservatorio o nella banca dati nazionali dei contratti pubblici istituita presso l'Autorità *ex art. 62 bis*, d.lgs. n. 82/2005, nel quadro del Codice dell'amministrazione digitale. In questo contesto, è evidente l'opportunità di un pieno sfruttamento delle potenzialità della banca dati alla luce dell'art. 6-*bis*, d.lgs. n. 163/2006, introdotto dal d.l. n. 5/2011 (convertito dalla l. n. 35/2012) in forza del quale, a partire dal 1° gennaio 2013, la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico organizzativo ed economico finanziario, richiesta alle imprese per la partecipazione alle procedure di gara, deve essere acquisita presso la banca dati. Pur tuttavia, anche in questo quadro apparentemente lineare, non mancano elementi di criticità. Un primo problema di coordinamento afferisce alle attribuzioni riconosciute all'Autorità, al-

⁷ L'Autorità è andata via via acquisendo sempre nuove competenze venendo a monitorare il ciclo degli appalti svolti in Italia sia a livello centrale sia a livello locale. In particolare non può sottovalutarsi il fatto che essa è chiamata a mettere a disposizione di tutti gli operatori del settore, gli strumenti per poter efficacemente compiere una gara nonché gestire le risorse e migliorare le ragioni di spese. L. Berarducci, *La banca dati nazionale sui contratti pubblici*, in www.osservatorioappalti.unim.it, 2012.

l'ISTAT e al MEF, in materia del costo dei lavori, servizi e forniture delle pubbliche amministrazioni, infatti, l'art. 7, c. 4, lett. c), del Codice dispone che l'osservatorio determini annualmente costi standardizzati, avvalendosi dei dati forniti dall'ISTAT; pur tuttavia, lo stesso art. 7 del Codice, al c. 5, prevede che al fine della determinazione dei costi l'ISTAT, avvalendosi ove necessario delle Camere di commercio, curi la rilevazione e l'elaborazione dei prezzi di mercato, assegnando altresì al MEF *ex c.* 6 del precitato articolo, un ruolo di impulso e coordinamento. La disposizione in questione evidenzia in modo significativo, l'incrocio di competenze e funzioni tra ISTAT e Autorità di vigilanza, portando, come logica conseguenza, ad un intreccio, non sempre funzionale, per lo snellimento della procedura. Proprio in relazione al decreto del MEF in corso di emanazione, si auspica un ritorno «ad unità» del sistema, in quanto solo in tal modo può risultare efficace ed economico. Gli elementi diacronici sopra delineati, sono resi più evidenti per il fatto che in attesa del decreto legislativo che dovrebbe disciplinare gli atti da inviare all'Autorità di vigilanza, il MEF, attraverso la Ragioneria dello Stato, ha emanato il decreto del 26 febbraio 2013, che impone l'invio al Ministero di tutti i dati sulle opere pubbliche, o in corso di progettazione o in corso di realizzazione dal 21 febbraio 2012.

Ciò detto, occorre richiamare altre due competenze che nello scorso anno sono state attribuite all'Autorità e che rientrano a pieno nel più ampio sistema della BDNCP. Il primo dato è rappresentato dal decreto sulla *spending review* (d.l. 7 maggio 2012, n. 52) che ha disposto che l'Autorità pubblici, sul proprio portale, tutti i dati e le comunicazioni delle stazioni appaltanti, con modalità che consentano la ricerca di informazioni relative all'amministrazione aggiudicatrice, all'operatore economico, all'aggiudicatario e infine all'oggetto della fornitura. Si prevede quindi che, all'inizio dell'anno, la sezione del sito AVCP, venga arricchita da un nuovo strumento che dovrebbe costituire un veicolo di trasparenza, partecipazione e controllo per tutti i cittadini.

Una seconda novità è costituita dall'anagrafe delle stazioni appaltanti, rivista dall'art. 33-ter, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, che impone alle stesse di chiedere l'iscrizione all'Anagrafe unica, istituita presso la BDNCP; dall'obbligo di iscrizione e aggiornamento dei dati, derivano, in caso di inadempimento, la nullità degli atti adottati e la responsabilità amministrativa e contabile di funzionari preposti. Attraverso l'Anagrafe, viene quindi a rafforzarsi il ruolo di vigilanza e controllo dell'AVCP, soprattutto per ciò che attiene il monitoraggio della spesa generata dalla domanda pubblica. Si è rilevato a tal proposito che: «se infatti l'obbligo di acquisizione del CIG [...] ha permesso un ampliamento del controllo oggettivo su tutti i contratti stipulati,

l'Anagrafe permetterà di rendere più sistematico e completo il controllo soggettivo sui centri di costo delle amministrazioni⁸.

L'Autorità, infatti, proprio su questo versante, segnala quale fonte di disorganizzazione in materia, la eterogeneità delle stazioni appaltanti, ritenute non sempre in grado di garantire una corretta procedura di selezione degli aspiranti concorrenti⁹; talché proprio a tal fine, auspica la valorizzazione della centralizzazione delle procedure di affidamento, venendosi a sollecitare l'immediata applicazione della *spending review*, nella parte in cui prevede che «i contratti stipulati in violazione dell'art. 26, c. 3, l. 23 dicembre 1999, n. 488, ed i contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionamento attraverso gli strumenti di acquisto, messi a disposizione da CONSIP S.p.A., sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità»¹⁰. Nella relazione dell'Autorità, viene ipotizzata una catalogazione dei comportamenti delle diverse stazioni appaltanti, così da creare una *black list* nella quale verranno iscritte le amministrazioni committenti che risultino aver posto in essere comportamenti contrari a tali criteri; si prospetta, quindi l'ipotesi di una pubblicazione dell'elenco delle ammini-

⁸ Relazione L. Berarducci, Consigliere Avcp, in *Convegno IGI rassegna normativa 2012, atto I*, in *La Banca dati nazionale sui contratti pubblici*, Intervento al Convegno organizzato da IGI in Roma, 31 gennaio 2013, in www.osservatorioappalti.univr.it.

⁹ Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Camera dei Deputati, 4 luglio 2012, Roma, in www.avcp.it. La costituzione di un sistema più concentrato dei contratti pubblici diventerebbe così uno strumento, oltre che di semplificazione e di più efficace vigilanza, anche di creazione di un miglior profilo dell'esecutore e delle stesse stazioni appaltanti, orientando il sistema verso modalità di selezione dell'operatore non solo in ragione dei requisiti formali previsti dal bando, ma anche in virtù del loro *curriculum* di "buon contraente" e buon esecutore, quindi di elementi di tipo reputazionale;

¹⁰ Nella relazione presentata dal Ministro per la pubblica amministrazione semplificazione, *La corruzione in Italia per una politica di prevenzione, rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni*, in www.osservatoriodirittocomunitarioenazionale sugliappalti pubblici.it, 2011, si rileva che alla disposizione sopra richiamata, si collega la previsione in forza della quale le amministrazioni pubbliche e le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuata dall'ISTAT, a totale partecipazione pubblica diretta o indiretta, sono tenute ad approvvigionarsi di beni e servizi attraverso gli strumenti di acquisto e di negoziazione messi a disposizione dalla CONSIP S.p.A. e dalle Centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'art. 1, c. 455, l. 27 dicembre 2006, n. 296, relativamente a talune categorie merceologiche tra le quali energia elettrica, gas carburanti, telefonia fissa e mobile, etc. Anche le modifiche apportate all'art. 33, c. 3-bis, d.lgs. n. 163/2006, valorizzano ulteriormente l'aggregazione della committenza pubblica, ove consentano ai comuni, di effettuare i propri acquisti attraverso gli strumenti elettronici, gestiti dalle centrali di committenza di riferimento.

strazioni da parte dell'Autorità di vigilanza (o dell'Autorità anticorruzione) al fine di segnalare i casi in cui le gare siano state annullate dal giudice amministrativo con sentenza passata in giudicato. Allo scopo di perseguire una maggiore efficienza nella selezione delle imprese, si prospetta l'acquisizione di diversi fattori integrati provenienti dalle amministrazioni; l'impianto avrebbe come obiettivo la previsione dell'iscrizione degli enti committenti in un apposito registro la cui tenuta potrebbe essere affidata, secondo la Commissione per lo studio e l'elaborazione delle proposte in tema di trasparenza, all'Autorità antitrust che, nella veste di organo imparziale, sarebbe in grado di assicurarne una corretta gestione. Per questo motivo, l'auspicata previsione della centralizzazione delle contrattazioni, avrebbe altresì il merito di rendere più semplice la *standardizzazione* dei bandi di gara, cogliendo l'obiettivo della semplificazione e della supplenza di una norma ricognitiva delle violazioni implicanti l'esclusione dalle gare, arginando, così, il fenomeno dei c.d. *bandi fotocopia*. Questa previsione viene a focalizzare l'attenzione anche sul c.d. *bando tipo*, che si può ritenere uno strumento valido per misurare la correttezza dell'attività delle stazioni appaltanti, avvalorato dalla previsione dell'obbligo di motivare le eventuali deroghe della *lex specialis* rispetto al prototipo predisposto dall'Autorità di vigilanza. Più in generale, l'Autorità ha inteso incentivare la promozione del *bando tipo*, quale documento di consultazione concernente i requisiti generali dell'impresa nonché i requisiti professionali, la tassatività delle cause di esclusione e il costo del lavoro, avendo riguardo alle novità apportate dal Decreto sviluppo. A ben vedere, il ruolo di rilievo per l'Organo di vigilanza, pare incanalarsi nel quadro tracciato dalla Proposta di direttiva europea sugli appalti pubblici del 20 dicembre 2011 [COM(2011) 896 def.]¹¹. In tal senso, nell'articolato della suddetta Proposta, al cinquantesimo considerando, si prevede che «gli Stati membri dovrebbero designare un'unica Autorità nazionale incaricata del

¹¹ Sia consentito il rinvio a G. Marchianò, *Modernizzazione del mercato degli appalti pubblici nella Proposta di direttiva comunitaria (COM (2011) 896 del 20.12.2011)*, Padova, Cedam, 2012, 60, 61: «Si osservi però come, a seguito della modifica intervenuta con il Decreto Sviluppo (entrato in vigore il 14 maggio 2011, ripreso sostanzialmente nella legge di conversione n. 106/2011), l'art. 38, Codice è stato modificato, con l'obiettivo di evitare "apodittici" rigorismi in merito al procedimento automatico di esclusione da una gara, qualora l'impresa venisse a trovarsi in una delle c.d. cause ostative a contrarre». La risoluzione del Parlamento europeo del 25.10.2011 assunta, come detto, nel quadro dell'avvio alla modernizzazione degli appalti pubblici, ribadisce che le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero avere la possibilità di tener conto anche dell'esperienza pregressa dell'impresa e questo profilo risulta rilevante per il nostro sistema in quanto l'esecuzione della commessa rimane all'ombra rispetto ai problemi derivanti dalla procedura di selezione.

monitoraggio, dell'attuazione e della vigilanza in materia di appalti pubblici. Tale organismo centrale dovrebbe ricevere informazioni di prima mano e tempestive, con particolare riguardo ai diversi problemi che incidono sull'esecuzione della legislazione in materia di appalti pubblici»¹².

Ad avviso di chi scrive risulta necessaria e opportuna, come detto, una ricomposizione del sistema: l'Autorità di vigilanza, avendo già intrinsecamente un ruolo fondamentale per l'istituzione della banca dati, può facilmente garantire la creazione di un repertorio comune che consentirebbe di trasformare i dati statistici raccolti presso Ministeri, Regioni, Stazioni appaltanti e Imprese, in un sistema di dati gestionali validi in ragione della possibilità di poterli incrociare tra loro, al fine di promuovere strategie concertate di vigilanza e di controllo. Peraltro, il nuovo art. 6-bis, Codice dei contratti, introdotto dal d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, prevede che i soggetti pubblici e privati, detentori di dati o documenti relativi ai requisiti di carattere generale, tecnico, organizzativo ed economico-finanziario per la partecipazione alle gare d'appalto, siano tenuti a metterli a disposizione dell'Autorità. In base alla nuova disciplina le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori, verificheranno il possesso dei requisiti di carattere generale esclusivamente tramite la BDNCP presso l'Autorità¹³. Si viene così a dare vita all'*Authority Virtual Company Passport (Avepass)*, che avrebbe l'obiettivo di consentire ai soggetti coinvolti a diverso titolo, nelle procedure di gare pubbliche, di integrare e scambiare le informazioni necessarie in tempi ridotti. Rispetto al processo tradizionale, che prevedeva attività di richiesta e ricezione di documenti cartacei a soggetti diversi e sovente in modo reiterato, la procedura sopra descritta avrebbe il merito di ottenere la disponibilità presso la banca dati di documenti elettronici utili per la comprova dei requisiti di carattere generale dell'impresa; pertanto, le stazioni appaltanti, attraverso la semplifi-

¹² Inoltre, l'Autorità «dovrebbe essere in grado di fornire un riscontro immediato sul funzionamento della politica, sulle carenze potenziali nella legislazione e nelle prassi nazionali, contribuire ad una rapida individuazione delle soluzioni. Al fine di combattere efficacemente la corruzione e le frodi, il suddetto organismo centrale e il pubblico, dovrebbero avere la possibilità di ispezionare i testi dei contratti conclusi». Si osservi come anche sotto questo profilo l'esigenza avvertita e segnalata a livello europeo, trovi riscontro nell'ordinamento nazionale lì dove, nel settore dei lavori pubblici, ci si propone l'introduzione della c.d. *patente obbligatoria* che dovrebbe costituire, nelle intenzioni dei proponenti, elemento preferenziale per l'aggiudicazione degli appalti e dei subappalti. S. D'Alessio, *Edilizia, arriva la patente a punti*, in *Italia Oggi* 28.10.2011.

¹³ È significativa, sotto questo profilo, la delibera emanata dall'Autorità n. 111 del 20 dicembre 2012, che indica i dati concernenti la partecipazione alle gare in relazione alle quali è d'obbligo l'utilizzo della banca dati, nonché i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati costituiti.

cazione nel processo di reperimento della documentazione, potrebbero ridurre le tempistiche per le verifiche dei requisiti previsti dalla legge. D'altro canto è evidente che gli operatori economici, attraverso l'adozione di tale sistema, verrebbero a subire minori oneri amministrativi per operare nel mercato degli appalti pubblici, in quanto, tutti i dati già in possesso delle pubbliche amministrazioni saranno raccolti, per ognuno di essi e relativamente ad ogni specifica gara, direttamente dall'AVCP, e posti a disposizione di ciascuna stazione appaltante. Gli enti certificatori, d'altro canto, avranno così il vantaggio di inviare dati e documenti di competenza, ad un unico interlocutore, l'AVCP, che dovrebbe garantirne la tempestiva e corretta trasmissione alle stazioni appaltanti. Pertanto la *ratio* dell'art. 6-bis, d.lgs. n. 163/2006, è riconducibile ancora una volta alla riconosciuta necessità di ridurre gli oneri amministrativi derivanti dagli obblighi informativi che le imprese devono sostenere per accedere alla domanda pubblica. Si tratta, quindi, di poter reperire nella banca dati tutti i requisiti generali, professionali nonché le garanzie che l'impresa deve possedere per poter contrattare con l'amministrazione. Il sistema sembra la strada maestra per contribuire all'avvio della diffusione dell'*e-procurement* e al processo di digitalizzazione delle comunicazioni tra i vari soggetti pubblici o privati operanti nel mercato, così come auspicato nella Proposta di direttiva europea del 20.12.2011. Con l'ausilio fornito dalla banca dati, si verrebbe infatti a creare un profilo generale dell'operatore economico che contrae con l'amministrazione, alla cui definizione concorrono anche elementi non tradizionali, quale l'attestazione della stazione appaltante della qualifica di «*buon contraente*». Per questa via si va al di là dei meri requisiti generali e professionali, venendo a rilevare anche come si sia svolto il contratto visto dalla parte dell'amministrazione. Questa era, peraltro, la strada desumibile dal Libro Verde del 2011 nel quale l'Unione prevedeva che il sistema di qualificazione delle imprese, dovesse integrarsi coi c.d. *parametri reputazionali oggettivi*, basati sul comportamento tenuto dai privati, durante la fase dell'esecuzione del contratto. Si ritiene che in tal modo, e non può non essere diversamente, si verrebbe a valorizzare il patrimonio informativo delle stazioni appaltanti, che dispongono di dati sulla condotta imprenditoriale degli operatori e sulla loro reputazione. Si osservi altresì che secondo l'AVCP, concorrerebbero a formare i c.d. *criteri reputazionali dell'impresa*, non solo il generico apprezzamento da parte delle amministrazioni del risultato finale conseguito, ma anche i costi e i tempi di realizzazione dell'opera o della gestione del servizio¹⁴. Pertanto, l'Autorità

¹⁴ Risulta opportuno rilevare però come la Corte dei Conti nel parere/osservazioni

che a tutto tondo detiene documenti idonei per garantire al privato di contrarre con la pubblica amministrazione, è l'Autorità di vigilanza, che già di per sé copre tutti i profili relativi alla vita delle imprese; le altre liste a ben vedere, si sovrappongono a specifici aspetti dei poteri già in capo alla stessa, venendo a creare un sistema non certo di snellimento del procedimento di selezione delle imprese. In questa prospettiva merita di essere sottolineato il fatto che siano in corso di perfezionamento protocolli con tutti gli enti e i soggetti in possesso della capacità di certificazione, quali Infocamere, INPS, INAIL, Inercassa, Accredia, Ministero degli interni e di giustizia, per avere, in tempo reale, l'intera documentazione relativa al contraente (visura del registro delle imprese, certificato del casellario giudiziale, certificato di regolarità contributiva, DURC, antimafia) ma anche gli altri requisiti di cui si diceva in precedenza. L'Autorità può diventare una sorta di *gateway* ovvero di filtro tra le stazioni appaltanti e le diverse amministrazioni pubbliche, rappresentandone il vero anello di congiunzione¹⁵. Tant'è che il compito della AVCP è stato ampliato attraverso la legge del 6 novembre 2012 n. 190 c.d. «anticorruzione», a riconferma della funzione assunta in questi anni dall'Autorità¹⁶. La legge prevede, infatti, un contenuto minimo di pubblicità sui siti istituzionali delle stazioni appaltanti relativamente all'oggetto del bando, all'elenco degli operatori invitati a presentare le offerte, all'aggiudicatario, all'importo dell'aggiudicazione, ai tempi del completamento dell'opera, servizio, fornitura¹⁷. Spetterà all'AVCP pubblicare le informazioni obbligatoriamente ricevute sul proprio sito web all'interno di una sezione liberamente consultabile da tutti i cittadini, catalogati in base alla tipologia di stazioni appaltanti e per regioni. Coerentemente, l'elenco delle ammini-

sul Libro Verde presentato dalla Commissione europea, segnala la preoccupazione di non introdurre nuove regole per l'accesso alle gare, poiché così facendo, la procedura viene sicuramente a complicarsi. Il vero è che nella stessa Proposta di direttiva europea del 2011, l'Unione dichiara di voler mantenere la disciplina procedurale già in vigore negli Stati membri e frutto dell'applicazione delle precedenti Direttive (Direttive 2004/17 CEE e 2004/18 CEE) ponendosi in un'ottica di migliorare la funzionalità degli appalti a costo zero e senza modificarne l'impianto strutturale. Sia consentito rinviare a G. Marchianò *Modernizzazione del mercato degli appalti pubblici nella Proposta di direttiva comunitaria*, cit.

¹⁵ L. Berarducci, *op. cit.*, 37. In tema più generale, si rinvia a L. Giampaolini, *Il codice degli appalti e il sistema di qualificazione*, in *Riv. trim. app.*, 2009, 305 ss.

¹⁶ Si veda l'intervento di S. Pasqua *Il responsabile della prevenzione e gli attori istituzionali nella legge n. 190/2012*, presentato al Convegno organizzato da IGI in Roma, 28 febbraio 2013, in www.osservatorioappalti.unitn.it.

¹⁷ Si veda attualmente quanto disposto dal DPCM 26 aprile 2011 relativo alla pubblicazione degli atti e provvedimenti concernenti procedura ad evidenza pubblica o di bilanci adottata ai sensi dell'art. 32, l. n. 69/2009.

strazioni inadempienti è trasmesso dall'AVCP alla Corte dei Conti entro il 30 aprile di ogni anno ed in ogni caso l'inadempimento comporta, a carico della stazione appaltante, l'irrogazione di una sanzione per la mancata ottemperanza alla richiesta dei dati ed informazioni formulata dall'AVCP. La mancata o incompleta pubblicazione, da parte delle amministrazioni delle informazioni sopra elencate, costituisce violazione degli standard quantitativi ed economici ai sensi dell'art. 1, c. 1, d.lgs. n. 198/2009, oltre ad integrare, in capo al soggetto inadempiente, gli estremi per una responsabilità dirigenziale. Pur tuttavia occorre osservare che mentre non è stato varato definitivamente il provvedimento che impone all'amministrazione di pubblicare sul web e di inviare all'Autorità di vigilanza l'elenco sui lavori pubblici in corso di realizzazione, la Ragioneria dello Stato ha previsto (in Gazzetta Ufficiale del 26.2.2013) l'invio da parte delle amministrazioni, di tutti i dati sulle opere pubbliche in corso di progettazione o realizzazione al 21.2.2012. Anche questo rappresenta un esempio emblematico della sovrapposizione delle c.d. banche dati o elenchi.

Un discorso a parte meritano altresì i «protocolli di legalità o patti di integrità», previsti dalla Direttiva del Ministero degli interni del 23 giugno 2010, volti a sancire un comune impegno di legalità e di trasparenza nell'esecuzione della commessa da parte dei contraenti, in particolare per la prevenzione, il controllo ed il contrasto di tentativi di infiltrazioni mafiosa, nonché per la verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro. In via generale si osservi che, attraverso l'adozione dei protocolli, le amministrazioni assumono di regola l'obbligo di inserire nei bandi di gara, quali condizioni per la partecipazione alla procedura selettiva, l'accettazione preventiva di determinate clausole che rispecchino le finalità di cui contenute nei protocolli. Ora, sul punto è intervenuta l'AVCP, la quale ritiene che la previsione dell'accettazione dei protocolli di legalità possa dar luogo a cause di esclusione dalla gara anche in un quadro di tassatività delle clausole di esclusione previste dalla legge, in quanto, tali sistemi sono volti alla tutela di interessi di rango sovraordinati e gli obblighi assunti discendono dall'applicazione di norme imperative di ordine pubblico, con particolare riferimento, alla prevenzione e al contrasto con la criminalità organizzata¹⁸. Così, mediante l'accettazione delle clausole contenute nei protocolli di legalità, l'impresa concorrente accetta regole che rafforzano «comportamenti già do-

¹⁸ Si rinvia alla determinazione assunta dall'Avcp del 10 ottobre 2012 n. 4, recante «bando tipo» e i rilievi proposti da S. Foà, *Le novità della legge anticorruzione in Urb. app.*, n. 3/2013, 301 ss.

verosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara e che prevedono, in caso di violazione di tali doveri, sanzioni di carattere patrimoniale oltre alle conseguenze comuni a tutte le procedure concorsuali della estromissione dalla gara»¹⁹. Si tratta quindi di un onere consistente nella sottoscrizione per adesione alle regole contenute nel Patto di integrità, previsto dalla legge, conforme ai principi già considerati dall'Ordinamento e assistito da responsabilità patrimoniale, come la stessa Autorità ha sottolineato.

In definitiva, il quadro sopra delineato conferma che l'Autorità di vigilanza detiene tutti gli elementi volti ad accertare l'idoneità dell'impresa, sotto vari profili, non solo riferiti ai requisiti soggettivi ed oggettivi dell'operatore economico, ma altresì in relazione al comportamento dell'impresa e a tutti gli altri requisiti che via via sono stati introdotti o modificati, come ad esempio le clausole contenute nei protocolli di intesa, o le modalità di esecuzione del contratto. A parere di chi scrive non si tratta quindi di creare nuovi strumenti di verifica, ma di portare ad effettività le previsioni già esistenti nella materia in esame. L'Autorità di vigilanza copre l'intero accertamento dell'impresa, inteso anche in senso dinamico oltre che documentale, di dati che incrociandosi fra loro, possono dare una più aderente visione relativa alla tipologia del privato con cui si viene a contatto. Col *ché* si ritiene che l'Autorità, ove i meccanismi previsti vengano utilizzati in modo corretto – ed è questa la vera criticità del sistema – sia il vero interlocutore o quanto meno l'interlocutore principe tra operatore economico e stazione appaltante, senza bisogno che si sovrappongano ad essa altri soggetti. Il punto di snodo è far funzionare i meccanismi previsti che già di per sé non sono fluidi, ma che lo diventano ancor meno ove si sovrappongano altri soggetti, detentori di ulteriori liste.

3.2. Il rating delle imprese adottato dall'Autorità antitrust

Con l'obiettivo di introdurre regole etiche nelle imprese, è stato adottato, peraltro attraverso il modello di una consultazione pubblica, uno specifico elenco da parte dell'Autorità antitrust, in ossequio al disposto contenuto nell'art. 5-ter, d.l. n. 1/2012, ora l. n. 29/2012. L'Antitrust ha previsto la realizzazione di un elenco fondato su base volontaria e della cui iscrizione si terrà conto in sede di concessioni di finanziamento da parte delle pubbli-

¹⁹ S. Foà, *op. loc. cit.* In tale quadro rientra anche l'escussione della cauzione provvisoria che vale ad identificare e quantificare fin dall'origine, la conformazione e la misura della responsabilità patrimoniale del partecipante alla gara, conseguente all'inadempimento dell'obbligo assunto con la sottoscrizione del patto di integrità.

che amministrazioni, nonché di accesso al credito presso gli istituti bancari²⁰. L'iscrizione a tale elenco, diversamente dagli altri elenchi di cui si dirà anche in seguito, si contraddistingue per il rilievo dato al profilo finanziario e di solvibilità dell'impresa.

Dal Regolamento di attuazione, si evince che potranno richiedere all'Autorità antitrust il *rating*, quelle imprese che abbiano raggiunto un fatturato minimo di due milioni di euro nell'esercizio dell'anno precedente a quello della richiesta e che siano iscritte nel Registro delle imprese, almeno da due anni. Sotto questo profilo il meccanismo di attribuzione del *rating*, ha un carattere generale, ovvero fa riferimento a tutte le società, comprese non solo le piccole medie imprese, bensì anche quelle di micro-dimensione²¹. Secondo il Regolamento in esame, possono richiedere l'iscrizione all'elenco, tutte le imprese qualunque sia l'attività espletata, lì dove, al contrario, sia le *liste di merito* che le liste afferenti alla normativa antimafia, fanno riferimento, la prima, a tutto il ciclo di produzione per le imprese edili, l'altra in particolare, sorveglia alcune imprese quali quelle che esplicano il subappalto o che svolgono un'attività di escavazione ovvero quelle attività individuate dall'art. 1, c. 53, l. n. 190/2012, che si considerano particolarmente sensibili alle infiltrazioni mafiose. I requisiti soggettivi per ottenere l'iscrizione al rating dell'impresa, sono che essa operi su territorio nazionale e, come detto, sia iscritta al Registro delle imprese almeno da due anni, e che possieda alcuni requisiti imprescindibili, quali il fatto che non sia stata avviata nei confronti dei legali rappresentanti, dei direttori generali e dei direttori tecnici, ecc., procedura di condanna per reati tributari o di mafia, senza, peraltro, che vi sia necessità di una sentenza passata in giudicato. Requisiti ulteriori sono quelli di non essere incorsa in sentenza di condanna

²⁰ Si veda R. Chieppa, *Il rating di legalità delle imprese*, intervento al Convegno organizzato dal IGI in Roma, 31 gennaio 2013, così come riportato in www.osservatorioappalti.unitn.it.

²¹ Sul punto si rinvia all'art. 5, l. 11 novembre 2011, n. 180, ove si rimanda alla raccomandazione della Commissione europea 2003/361/Ce per la definizione di micro, piccole e medie imprese. Ai sensi dell'art. 2 della raccomandazione, la categoria delle microimprese, delle piccole imprese e delle medie imprese (PMI) è costituita da imprese che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di euro oppure il cui totale di bilancio annuo non supera i 43 milioni di euro. Nella categoria delle PMI si definisce piccola impresa un'impresa che occupa meno di 50 persone e realizza un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiori a 10 milioni di euro. Si definisce microimpresa un'impresa che occupa meno di 10 persone e realizza un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a 2 milioni di euro. Sul contesto normativo di riferimento, M.A. Stefanelli, *Il riconoscimento normativo delle piccole e medie imprese: regole e realtà produttiva*, Padova, Cedam, 2001.

per illeciti antitrust gravi, per mancato rispetto delle norme a tutela della salute e della sicurezza dei luoghi di lavoro, per violazione degli obblighi retributivi, contributivi, assicurativi e fiscali nei confronti dei propri dipendenti e collaboratori²². L'impresa, inoltre, non dovrà aver subito accertamenti di maggior reddito imponibile, né aver ricevuto provvedimenti di revoca di finanziamenti pubblici, per i quali non abbia assolto agli obblighi di restituzione. Tutti questi ultimi provvedimenti sopra richiamati comportano la non attribuzione di una *stelletta* da parte dell'Autorità, ma devono essere inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato. Dal Regolamento si impone inoltre che l'impresa dovrà dichiarare di attenersi alla tracciabilità dei suoi pagamenti anche oltre i limiti di legge. Per ogni requisito soddisfatto, l'antitrust attribuisce un punteggio che consiste in un (+) o in una (★) fino al massimo di tre *stellette*. Ai fini della presente indagine, merita di essere segnalato il disposto contenuto nel comma 3 del precitato art. 2, ove testualmente si legge: «Il *rating* di legalità non potrà essere rilasciato alle imprese destinatarie di comunicazioni o informazioni antimafia interdittive in corso di validità». Proprio da questa previsione, che rappresenta l'esempio più palese, è indubitabile che per alcuni aspetti, il *rating* impatti e si sovrapponga ad altre iniziative per la creazione di liste che dovrebbero garantire la serietà delle imprese, ma che in realtà aggravano il profilo burocratico della partecipazione alla domanda pubblica da parte degli imprenditori.

È evidente la sovrapposizione del *rating* con le c.d. *white list*, infatti l'impresa per ottenere il *rating* da parte dell'Autorità, deve dimostrare di essere in regola con l'antimafia, requisito, questo, comune a tutte le liste; sicché proprio l'antimafia viene ad evidenziare la necessità di un coordinamento al fine di evitare un mero aggravio procedurale sia per le imprese, sia per le amministrazioni prefettizie o per le stesse Autorità che detengono le liste delle imprese. Il vero è che la previsione del *rating* delle imprese, stante la specificità dell'obiettivo che intende cogliere, apre la strada ad una pluralità di liste per ogni profilo che rileva nella *vita* della contrattualistica pubblica, venendo così a moltiplicarsi non solo le Autorità detentrici delle c.d. liste, ma la previsione delle stesse, lì dove, al contrario, solo un'Autorità dovrebbe detenere tutta la documentazione, i requisiti e quanto rileva perché un'impresa possa accedere alla domanda pubblica. Se è vero, com'è vero, che lo strumento del *rating* delle imprese mira a privilegiare l'impresa sotto il profilo dell'accesso al finanziamento pubblico o al finanziamento da parte

²² In generale si rinvia a R. Mangani *Le white list*, in www.giustamm.it 2013.

white list, elenchi di merito e rating di qualità

degli istituti creditizi, è altrettanto vero che diventa soprattutto per quest'ultimo, una ripetizione di quanto previsto nell'art. 41, c. 1, lett. a), del Codice dei contratti, il quale, com'è noto, fa riferimento alla situazione di solidità economica dell'impresa accertata proprio da un istituto di credito. Il primo problema che si pone ad una lettura anche superficiale del Regolamento sul rating delle imprese, è l'emergere di una duplicazione di altri strumenti che invece di appodare ad una semplificazione dell'azione amministrativa, soprattutto in materia di contratti ed evidenza pubblica, tende a complicare, cioè la moltiplicazione equivale a complicazione del sistema. A nulla rileva che il rating delle imprese non sia elemento di esclusione dalla gara; pur tuttavia è evidente che le imprese mireranno ad ottenere la corsia preferenziale per l'accesso al credito. La sovrapposizione del sistema in esame, si desume anche dai documenti che l'impresa deve presentare per ottenere il c.d. rating: come per le altre liste, vengono richiamati il DURC, il rispetto delle norme a tutela della sicurezza e la salute dei lavoratori, nonché gli obblighi contributivi, terreno questo, comune in tutte le liste. Nel caso di specie la tesi di una sovrapposizione con altre liste trova conferma anche nella previsione che il punteggio base sarà *incrementato* secondo quanto dispone l'art. 3, c. 2, Regolamento di attuazione, qualora l'impresa si impegni a:

- rispettare i contenuti del Protocollo di legalità sottoscritto dal Ministero dell'interno e da Confindustria, nonché rispettare i Protocolli sottoscritti a livello locale con le Prefetture e con le Associazioni di categoria;
- utilizzare sistemi di tracciabilità dei pagamenti anche per importi inferiori rispetto a quelli fissati dalla legge;
- adottare, anche in outsourcing, una struttura organizzativa che espleti il controllo di conformità delle attività aziendali o un modello organizzativo ai sensi del d.l. 8 giugno 2011, n. 231;
- adottare processi volti a garantire forme di *Corporate Social Responsibility*;
- essere iscritte in uno degli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa (*white list*).

La previsione di questi incentivi, fa desumere che le imprese che chiedono il *rating* da parte delle Autorità antitrust, devono possedere i requisiti antimafia, ma non devono essere obbligatoriamente iscritte alle *white list* prefettizie, poiché dall'interpretazione letterale del Regolamento, si evince che l'iscrizione alle *white list* non è di per sé preclusiva all'iscrizione all'elenco dell'Autorità antitrust, bensì dà luogo solo ad un incremento di punteggio. Se l'impresa che chiede l'iscrizione all'elenco antitrust è anche giudicata favorevolmente dalla Prefettura, ha diritto ad un incremento di

punti; ma se l'impresa manca dell'iscrizione in *white list*, ad essa non verrà attribuito l'incremento del punteggio previsto nel Regolamento adottato. Oltre alla sovrapposizione più rilevante delle varie liste in tema di antimafia, la stessa è attestata da quanto disposto nel Regolamento ove, a norma dell'art. 7, l'impresa a cui è stato attribuito il *rating* è tenuta a comunicare all'Autorità, ogni variazione dei dati riportati nei propri certificati camerali; questo, in verità, rappresenta un onere imposto all'impresa sia dal rating delle imprese sia dalle *white list* nonché dalle c.d. *liste di merito*, come si vedrà successivamente. In conclusione, se il *rating* ha l'obiettivo di garantire all'operatore economico l'accesso a finanziamenti bancari da parte di un'impresa, e' di tutta evidenza che l'indagine condotta sulla stessa, implichi un'indagine sulla mancanza di infiltrazioni mafiose che notoriamente si manifestano nell'abito patrimoniale della società. D'altro canto, il Regolamento non spiega quali siano i criteri in base ai quali l'istituto creditizio garantisca una corsia preferenziale alle imprese che abbiano acquisito il *rating*, ed è questo, forse, l'anello più debole dell'impianto regolamentare; si prevede, infatti, l'emana-zione di un ulteriore Regolamento per dare concretezza ed efficacia all'elenco in esame²³.

Bisogna riconoscere che, nel settore in oggetto a parere di chi scrive, il ruolo che l'Antitrust ha avuto nella contrattualistica pubblica è stato molto incisivo per i suoi interventi a favore della concorrenza, sia su un piano nazionale, con particolare riferimento alle intese restrittive della stessa, sia richiamandosi sovente al rispetto delle disposizioni contenute negli artt. 101 e 102 TUE. Non va infatti dimenticato come proprio in questi ultimi anni in materia contrattuale è più volte intervenuta l'Autorità garante della concorrenza del mercato, che da un ruolo di collaborazione, segnalazione, pareri, proposte è passata ad una funzione di supervisione con l'attribuzione del potere di impugnare gli atti amministrativi anticoncorrenziali delle Autorità pubbliche, anche in materia contrattuale. Sarebbe forse opportuno che l'Antitrust continuasse a muoversi su questa linea che ha portato risultati incisivi e più consoni al suo ruolo.

²³ Si osservi infine che il possesso dei requisiti richiesti per l'attribuzione del rating, avviene mediante autocertificazione da parte del legale rappresentante dell'impresa ed è verificato a campione dall'Autorità, venendosi così a ricalcare modelli e procedure già note che non hanno dato luogo ad esperienze particolarmente positive.

3.3. Le white list istituite presso le prefetture con particolare riferimento all'esperienza maturata nelle zone sismiche

Un secondo tipo di liste, riguarda l'antimafia previste dall'art. 4, c. 13, lett. g), d.l. n. 70/2011: presso ogni Prefettura è istituito un elenco fornitori e prestatori di servizio non soggetti a rischio mafioso, ai quali possono rivolgersi gli esecutori dei lavori, servizi e forniture, per la scelta dei sub appaltatori e sub contraenti²⁴. Tale previsione va inquadrata nelle recenti modifiche apportate al c.d. *Codice antimafia*, in base al quale sono stati novellati gli artt. 84 e 85, d.l. n. 156/2011²⁵, ove si dispone che la documentazione antimafia sia costituita dalla comunicazione antimafia e dall'informazione antimafia²⁶. In via di prima approssimazione occorre rammentare che i sud-

²⁴ Il legislatore preannuncia l'emanazione di un d.P.C.M. che definirà le modalità dell'istituzione e l'aggiornamento dei suddetti elenchi. Si veda G. D'Angelo, *La documentazione antimafia nel d.lgs. 6 settembre 2011 n. 156: profili critici*, in *Urb. app.*, 2013, 266 ss.

²⁵ L'art. 116, c. 4, d.lgs. n. 159/2011, dispone che alla data di entrata in vigore delle disposizioni contenute nel Libro secondo, Capi I, II, III e IV, così come richiamati nel d.l. 6 settembre 1982, n. 629, convertito con modificazioni, l. 12 ottobre 1982, n. 726, 4 e 5-bis, d.lgs. 8 agosto 1994, n. 490, nonché quelli alle disposizioni contenute nel d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, e nel d.P.R. 2 agosto 2010, n. 150, si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni contenute nel presente decreto legge. Si tenga altresì conto del d.l. 15 novembre 2012, n. 218, il cui art. 2 rappresenta il primo correttivo del Codice antimafia, venendo ad intervenire sull'art. 84 dello stesso Codice e contemplando tra i casi dai quali si può desumere l'insussistenza di eventuali infiltrazioni mafiose, quella che riconnette significatività al fatto che l'impresa abbia tenuto un comportamento omertoso non denunciando i reati di concussione e di estorsione di cui sia rimasta vittima.

²⁶ Le note relative alla prevenzione della delinquenza di stampo mafioso e alla comunicazione di informazioni antimafia, non sono più contenute nel Codice dei contratti, ma devono essere ricercate nel d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, Codice della leggi antimafie e delle misure di prevenzione, nonché nelle nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli artt. 1 e 2, l. 13 agosto 2010, n. 136. Per ciò che attiene specificamente la contrattualistica pubblica occorre tener presente – che la l. 31 maggio 1965 è stata abrogata dall'art. 120, d.lgs. n. 159/2011; che della l. 13 settembre 1982, n. 646, permangono in vigore gli artt. 21 e 22 in ordine al subappalto e alla custodia del cantiere; – che è applicabile il d.lgs. 8 marzo 1984, n. 490, in materia di comunicazione e informazione antimafia; – che il d.P.R. 2 agosto 1910, n. 150, attiene le norme relative al rilascio di informazioni antimafia a seguito di accessi e accertamenti nei cantieri. Tuttavia occorre precisare che sia il d.lgs. 8 agosto 1984, n. 940, sia il d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, nonché il d.P.R. 2 agosto 2010, n. 150, sono destinati ad essere abrogati in quanto l'art. 120, c. 2, d.lgs. n. 159/2011 ne prevede espressamente l'abrogazione a decorrere dalla data di entrata in vigore delle disposizioni del Libro secondo, capi I, II, III e IV del medesimo d.lgs. n. 159/2011, le quali entrano in vigore decorsi 24 mesi dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del Regolamento, ovvero quanto più di uno, dall'ultimo dei regolamenti di cui all'art. 99, c. 1.

detti elenchi sono stati previsti dall'art. 52, c. 1, l. n. 190/2012 anticorruzione, accanto ai c.d. «*Protocolli di legalità*» in tema di antimafia; si tratta di disposizioni che intendono agevolare i soggetti aggiudicatari nella scelta degli operatori economici cui assegnare i contratti collocandosi, in tal modo, nell'alveolo di una serie di iniziative tese a premiare le *imprese virtuose*.

Se sinteticamente queste sono le linee portanti delle disposizioni in materia -tema che richiederebbe un'indagine autonoma per riportare a sistema l'intera disciplina- ciò che in questa sede rileva, afferisce alla previsione delle c.d. *white list* prefettizie, immediatamente in vigore nel processo di ricostruzione delle località interessate dal sisma che ha investito l'Emilia Romagna.

Occorre rammentare che il d.l. 6 giugno 2012, n. 74, convertito con modifiche dalla l. 1° agosto 2012, n. 122, prevede l'adozione di un delicato meccanismo per la prevenzione dell'ingerenza della criminalità organizzata nella fase di rifacimento delle zone colpite. Così, in via di prima approssimazione, pare opportuno far riferimento proprio all'esperienza maturata in questi mesi di ricostruzione sismica in Emilia Romagna, onde verificare la tenuta delle *white list*. Per questa via occorre partire dal presupposto che i controlli antimafia devono svolgersi nei confronti degli operatori economici aggiudicatari di tutti gli appalti pubblici e nei confronti di tutti i soggetti appartenenti alla filiera delle imprese edili, sottoponendoli al regime dell'informazione antimafia *ex* d.l. 6 settembre 2011, n. 159; tale indagine si deve estendere ai subappalti, ai cottimi, ecc., indipendentemente dall'oggetto, importo, durata e da qualsiasi condizione o modalità di esecuzione²⁷.

Mentre, in via generale l'iscrizione è facoltativa, devono invece obbligatoriamente iscriversi nei suddetti elenchi, tutte le imprese esercenti talune tipologie di attività che si identificano con quelle indicate nell'art. 5-*bis*, c. 2, d.l. n. 74/2012, secondo il quale, dette attività, potrebbero essere maggiormente esposte a rischio di infiltrazioni mafiose²⁸. I controlli, che, nella fattispecie sopra richiamata, devono essere esercitati a norma del precitato

²⁷ Per una lettura critica dell'attuale normativa in materia antimafia, si rinvia a P. Carbone, *Normativa antimafia e contratti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 12/ 2012, 137; V. Neri, *Informativa antimafia e contrasto alla criminalità organizzata*, in *Corr. merito*, 2010, 801 ss.; E. Leotti, *I poteri certificativi del Prefetto quali strumento di contrasto alla criminalità organizzata: inquadramento sistematico ed aspetti problematici*, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁸ Trattasi di attività relative a: a) trasporto di materiale a discarica per conto terzi; b) trasporto e smaltimento di rifiuti per conto terzi c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; e) noli a freddo di macchinari; f) fornitura di ferro lavorato; g) autotrasporti per conto di terzi; h) guardiania dei cantieri.

art. 5-*bis*, sono applicabili non solo ai contratti pubblici e successivi subappalti e sub contratti che intercorrano tra le amministrazioni e gli operatori economici, ma a tutti gli interventi di ricostruzione che, quant'anche commissionati da privati, siano finanziati con contributi o altre provvidenze pubbliche²⁹.

La giurisprudenza ha messo in luce la tipologia di valutazione operata dal Prefetto, sottolineando come le informative siano fondate su valutazioni discrezionali non ancorate a presupposti tipicizzati, venendo a ritenere così che i tentativi di infiltrazione mafiosa, possano essere desunti anche da parametri non definiti normativamente³⁰. Si prevede la necessità che gli accertamenti sulle imprese aggiudicatarie degli appalti pubblici, nonché sugli operatori economici della filiera, siano svolti nella forma più stringente della *informazione antimafia*, secondo il modello procedimentale già adottato nell'occasione della fase di emergenza dell'Abruzzo e previsto anche per la realizzazione dell'Expo 2015 di Milano, oltre che nell'esempio oggetto della presente indagine, nella ricostruzione post sismica di talune province dell'Emilia Romagna³¹. Il citato decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, prevede all'art. 3, c. 1, che negli elenchi possano iscriversi le imprese esercenti talune attività a rischio, nei cui confronti siano state effettuate le verifiche previste «*dalla vigente legislazione antimafia*». Così, (all'art. 3, c. 2, d.P.C.M.) si precisa che le verifiche miranti ad accertare l'insussistenza delle condizioni ostative di cui all'art. 10, c. 7, lett. a), b), c), d.P.R. n. 252/1998, siano eseguite dal Prefetto della Provincia in cui ha sede l'impresa interessata all'iscrizione. Sono quindi state costituite presso le Prefetture delle Pro-

²⁹ Sul punto si rinvia alla Deliberazione del Ministero dell'interno del 15 ottobre 2012, pubblicata in G.U. del 9.11.2012, ove al punto 4.4 dal titolo "*Elenco fornitori di prestatori di beni e servizi (white list)*", vengono precisati alcuni aspetti in merito all'intervento prefettizio.

³⁰ Tar Campania, Napoli, sez. I, 1° dicembre 2010, n. 26527; rileva altresì la giurisprudenza come l'informativa prefettizia si fonda su un quadro fattuale di elementi che pur non dovendo assurgere al livello di prova siano tali da far ragionevolmente ritenere l'esistenza di un rischio di infiltrazioni mafiose. La cautela antimafia, ha chiarito la giurisprudenza, si colloca come forma di massima anticipazione dell'azione di prevenzione a prescindere dal concreto accertamento in sede penale dei reati; infatti può essere fondata su fatti e vicende aventi un valore sintomatico ed indiziario. Si veda altresì Cons. St., sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2078; Cons. St., sez. VI, 11 settembre 2001, n. 4724; Cons. St., sez. VI, 26 febbraio 2008, n. 756.

³¹ Si vedano per tutti anche le Linee Guida antimafia di cui all'art. 5-*bis*, c. 4, d.l. 6 giugno 2012, n. 74, convertito con modificazioni della legge 1° agosto 2012, n. 122, recante «Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici che hanno interessato il territorio delle province di Bologna, Modena, Ferrara, Mantova, Reggio Emilia e Rovigo, il 20 e il 29 maggio 2012» (Deliberazione del Ministro dell'interno del 15 ottobre 2012).

vince dell'area sismica, liste di imprese vagliate sotto il profilo dell'antimafia e tale iscrizione è disposta dal Prefetto che riceve l'istanza da parte dell'impresa, il quale esegue verifiche presso la Prefettura dove ha sede legale l'impresa richiedente³²; le risultanze acquisite, devono essere integralmente trasmesse alla Prefettura della zona dove l'impresa intende eseguire l'appalto. Concluso l'iter istruttorio la Prefettura potrà disporre l'iscrizione dell'operatore economico o, al contrario, qualora emergano situazioni particolari, disporre il rigetto dell'istanza ex art. 4, c. 4, d.P.C.M. 18 ottobre 2011³³. Dell'avvenuta iscrizione o del rigetto, la Prefettura dovrà poi dare comunicazione, sia all'impresa interessata, sia alla Prefettura nella cui Provincia è ubicata la sede legale della stessa. Il punto critico del sistema così come delineato, attiene al fatto che «l'analisi valutativa del Prefetto è – deve essere – tesa al bilanciamento tra la preminente tutela della sicurezza e la libera iniziativa economica: lo scopo è l'acquisizione di tutte quelle informazioni di cui le Autorità di sicurezza sono in possesso, per effettuare una completa ed adeguata istruttoria sulla possibilità di un condizionamento delle scelte dell'impresa»³⁴. Ciò che emerge è che l'istruttoria effettuata dal Prefetto è connotata da un'ampia discrezionalità, che poggia sull'analisi di fatti e di circostanze che emergono dall'attività investigativa demandata agli organi di Polizia. Il rapporto tra stazioni appaltanti (soggetti pubblici o imprese concessionarie) e le amministrazioni dell'interno (Prefetture) distingue tra informativa ricognitiva di cause interdittive (ex art. 10, c. 7, lett. a) e b), d.P.R.

³² Ne discende che negli elenchi che dovranno essere costituiti presso le Prefetture delle Province, possono anche iscriversi imprese che non hanno sede in nessuna delle citate province interessate dagli interventi di ricostruzione post terremoto.

³³ L'art. 4, d.P.C.M. 18 ottobre 2011, così recita: «1. Ai fini dell'iscrizione negli elenchi di cui all'art. 3, il titolare dell'impresa individuale ovvero il rappresentante legale della società presenta apposita istanza alla prefettura della provincia nel cui ambito intende operare, allegando copia del certificato d'iscrizione presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura e specificando per quale ovvero per quali attività, nel caso di esercizio plurimo, richiede l'iscrizione; 2. Il prefetto che riceve l'istanza d'iscrizione, esperite con esito negativo le verifiche di cui all'articolo 3, comma 2, anche attivando il prefetto competente, se l'impresa abbia sede in altra provincia, dispone l'iscrizione di essa nell'elenco di cui all'articolo 3, comma 1, dandone contestuale comunicazione all'interessato, alle altre prefetture indicate nell'articolo 3, comma 1, e, ove l'impresa abbia sede in altra provincia, anche al prefetto territorialmente competente; 3. L'avvenuta iscrizione ha effetto anche riguardo agli altri elenchi di cui all'articolo 3, comma 1; 4. Nel caso in cui, a seguito delle verifiche disposte emergano situazioni di controindicazione rispetto a quanto previsto dall'articolo 3, comma 2, il prefetto rigetta l'istanza d'iscrizione, effettuando contestualmente le comunicazioni di cui al comma 2».

³⁴ C. Fè, *Informativa prefettizia e sindacato della G.A.*, in *Corr. merito*, 2012, 843.

n. 252/1998) e informative prefettizie discrezionali o accertative (ex art. 10, c. 7, del precitato d.P.R.). L'art. 4, d.lgs. n. 490/1994 riteneva ammissibile la c.d. *informativa atipica*, non automaticamente interdittiva, ma fondata sull'accertamento di elementi che pur non denotando il pericolo di collegamenti tra l'impresa e la criminalità organizzata, non raggiungevano quella soglia di gravità prevista dalle altre tipologie. Ora, con l'entrata in vigore del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, viene opportunamente abrogato l'art. 1-*septies*, d.l. n. 629/1981, che prevedeva tale tipo di informativa. Così, quando a seguito delle verifiche disposte dall'Autorità prefettizia della Provincia di appartenenza dell'impresa, emergano ipotesi di tentativi di infiltrazioni, le amministrazioni a cui sono fornite dette informazioni, non possono stipulare, approvare o autorizzare contratti né concessioni edili. Si tratta, evidentemente, di porsi sulla scia di quanto già sancito nell'art. 38, d.lgs. n. 163/2006, ovvero di un ampliamento dei casi di divieto di contrattazione con le pubbliche amministrazioni, ma in verità si deve tener conto che la fattispecie in oggetto – salvo verifiche inconfutabili – ha una diversa prospettazione rispetto alla disposizione del Codice degli appalti. Infatti, si deve prendere atto che, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, la normativa antimafia privilegia una concezione della pericolosità in senso oggettivo, che prescinde dalla individuazione di responsabilità in senso penale; pertanto si è cercato di mettere in luce il rapporto di correlazione sulla base di un parametro valutativo, non di certezza, ma di qualificata probabilità, il che potrebbe creare problemi non di poco conto nei confronti degli operatori privati³⁵. Il vero è che, stante la delicatezza della materia in oggetto, risulta

³⁵ Cfr. ordinanza Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2009, n. 510, in *Foro Amm.-CdS*, 2009, 297; L. Carbone, L. Lo Meo, *Accertamento probatorio ai fini dell'emanazione dell'informativa antimafia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 174 ss, nota a Cons. St. 10 dicembre 2009, n. 7777; F. Di Cristina, *L'informativa prefettizia quale presupposto alla revoca dell'aggiudicazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 50 nota Cons. St., sez. III, 19 settembre 2011. In via generale si rinvia a A. Bonanni, *La prima applicazione della causa di esclusione di cui alla lettera M-TER) dell'art. 38 del Codice*, in www.osservatorioappalti.unimn.it, il quale fa riferimento all'ulteriore disposizione in materia nei confronti dei soggetti che non abbiano denunciato eventuali estorsioni e che quindi vengono a formare un nuovo caso di esclusione dalle gare pubbliche ex art. 38 c. 1 lett. m-ter del d.lgs. 163/2006. Osserva l'Autore però: «Ci si permette di osservare, sul punto, che la disposizione recata dall'art. 38, c. 1. Lett. m-ter) del d.lgs. 163/2006 solleva qualche profilo di perplessità (...). Essa pretende, infatti, di irrogare una grave sanzione interdittiva, che determina pesanti ripercussioni sull'attività professionale dell'operatore economico da essa inciso (impedendo non solo l'instaurazione, ma anche la prosecuzione di qualunque rapporto contrattuale con la pubblica amministrazione) sulla base di una mera segnalazione della magistratura requirente, e sulla sola scorta «della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato». Non è dunque necessario che intervenga una sentenza di condanna che accerti l'ef-

necessario che l'informativa trovi fondamento su un quadro fattuale di elementi oggettivi, che pur non dovendo assurgere a livello di prova, siano tali da far ragionevolmente ritenere l'esistenza di un rischio di infiltrazioni mafiose³⁶. Attraverso siffatto meccanismo, risulta evidente l'imprescindibile necessità di disporre un monitoraggio periodico degli elenchi in questione secondo un procedimento caratterizzato da una forte dinamicità che consenta di tener conto, in *progress*, di possibili elementi di rilievo riguardanti la vita dell'impresa, tenuto conto dell'incidenza determinante che il provvedimento ha sulla stessa. Sotto questo profilo l'iscrizione alle *white list*, secondo le disposizioni contenute nel Decreto del Presidente dei Ministri del 18 ottobre 2011, è soggetta a revisione annuale in relazione al permanere dell'insussistenza degli elementi di rischio di inquinamento mafioso. Così le Prefetture saranno tenute a verificare, nei 15 giorni antecedenti alla scadenza di ciascun anno, presso la Prefettura competente, il permanere dell'insussistenza di connivenze mafiose. Di conseguenza, a norma dell'art. 86 del d.l. 159/2011 si prevede che la comunicazione antimafia sia utilizzabile per un periodo di 6 (sei) mesi dalla data del rilascio. La formulazione della prima parte della norma, pone un problema interpretativo, poiché sembra di poter affermare, anche alla luce della giurisprudenza plasmatasi sul punto, che quello semestrale non sia un termine di efficacia della documentazione nel suo complesso, ma valga solo per la documentazione negativa³⁷. Si è rilevato

fettiva sussistenza della fattispecie delittuosa contestata. Non occorre neppure superare il vaglio del giudice dell'udienza preliminare, che deve pronunciarsi sulla richiesta di rinvio a giudizio a carico dell'indagato. Una semplice richiesta di rinvio a giudizio è, invero, sufficiente per soddisfare le condizioni di operatività della causa di esclusione in esame. In altri termini, la lettera m-ter) dell'art. 38 cit. può spiegare la propria efficacia interdittiva nei confronti del soggetto passivo del reato, che abbia mancato di sporgere la relativa denuncia all'Autorità giudiziaria, a prescindere dal fatto che l'autore della condotta illecita sia stato condannato, e addirittura a prescindere da un effettivo rinvio a giudizio di quest'ultimo. Tanto che la stessa Autorità, nella Determinazione n. 1/2010, ha sentito il bisogno di specificare che, laddove il processo penale si concluda, entro il termine di tre anni decorrente dalla richiesta di rinvio a giudizio, con una sentenza di assoluzione od in luogo a procedere, debba venire meno il presupposto della causa di esclusione, con conseguente cancellazione dell'annotazione dal Casellario e riammissione dell'operatore economico alla possibilità di contrarre con la pubblica amministrazione».

³⁶ Cfr. Cons. St., sez. VI, 23 giugno 2008, n., 3155, in *Foro amm.*-CdS, 2008, 1840; Cons. St., sez. VI, 29 febbraio 2008, n. 756. Confronta altresì Cons. St., sez. VI, 3 maggio 2007, n. 1951; Cons. St. 11 settembre 2001, n. 4724; Cons. St. 6 giugno 2001, n. 3058, in *Foro amm.*, 2001, 6. Non possono per contro ritenersi sufficienti fattispecie fondate sul semplice sospetto o su mere congetture prive di riscontro fattuale. Cons. St., sez. IV, 4 maggio 2004, n. 2783.

³⁷ P. Carbone, *Normativa antimafia e contratti pubblici*, cit., 145.

che la *ratio* delle disposizioni regolamentari ostative alla partecipazione alle gare per tentativi di infiltrazione mafiosa, riflette non già un funzione sanzionatoria, ma di prevenzione, finalizzata a costituire efficaci argini per la penetrazione criminale negli appalti pubblici. Sarebbe perciò ragionevole e conforme al principio di proporzionalità, considerare a questi fini, che la situazione di rischio di infiltrazioni, la quale non si è costituita ma solo manifestata da singoli episodi, possa essere fugata nel lasso di un breve periodo, ad esempio i sei mesi previsti dalla normativa³⁸. È fondamentale, affinché la procedura in parola consegua dei risultati efficaci, una forte integrazione tra la Prefettura ove ha sede legale l'impresa e la Prefettura dove l'impresa ha ottenuto l'iscrizione alle *white list*. In attesa della realizzazione della citata interconnessione, ciascuna Prefettura dovrà provvedere ad attivare sui propri siti internet apposite sezioni dedicate alle *white list*, nonché comunicare alle altre Prefetture le imprese iscritte. È inoltre necessario, per le *white list* istituite presso le zone sismiche, un'indagine antimafia per ogni singolo lavoro secondo quanto precisato dal Consiglio di Stato nelle pronunce dell'Ad. plen. n. 33 e 34/2012³⁹. L'organo di appello ha rilevato, a tal proposito che, nel corso delle indagini, può accadere che una stessa impresa risulti esposta a tentativi di infiltrazione, a secondo della provincia in cui svolge i lavori; ciò impone, come sottolinea il Consiglio di Stato, che l'impresa, ove abbia lavori in più province, sia soggetta ad una pluralità di certificazioni antimafia, cioè una per ogni lavoro⁴⁰. In ogni caso, osserva il Consiglio di Stato, l'eventuale dubbio sulla possibile infiltrazione non si estende ad altri lavori che la medesima impresa può avere in corso nella stessa provincia. Secondo il giudice amministrativo, infatti, l'*informativa* opera con riferimento al singolo rapporto a cui si riferisce, ma, ciò non toglie che altre amministrazioni che abbiano in corso lavori con l'impresa, venendo a conoscenza di orientamenti diversi, possano anch'esse chiedere al Prefetto della Provincia dove l'impresa ha sede, nuove informazioni. Le informative, infatti, non si consolidano, ma sono sempre rivedibili. Questo regime continuerà ad essere applicato fino all'entrata in vigore dei decreti previsti dal Codice antimafia, del d.lgs. n. 159/2011. Il problema principale che si pone, è che le *white list* devono, in ogni caso, essere compatibili col diritto comunitario, che garanti-

³⁸ Sul punto si rinvia a P. Carbone, *op. cit.*, 46. Si veda altresì Cons. St., sez. VI, 30 dicembre 2011, n. 7002, in www.giustiziamministrativa.it.

³⁹ Cons. St., Ad. plen., 9 luglio 2012, n. 33; Cons. St., Ad. plen., 8 ottobre 2012, n. 34.

⁴⁰ Infine, secondo taluni, è consentito, all'impresa interessata di utilizzare la comunicazione conseguita in corso di validità, anche per altri procedimenti attraverso la semplice presentazione in copia autentica della stessa. La tesi però deve tener conto della dimensione provinciale, e non di una dimensione nazionale.

sce la più ampia partecipazione alle gare, ed esclude, giustamente, soltanto le imprese rispetto alle quali emergano oggettivi elementi di responsabilità. Tale profilo, che ad avviso di chi scrive è particolarmente delicato, non è passato inosservato, tant'è che, l'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici, in occasione della ricostruzione del dopo sisma in Abruzzo, ha rilevato che «si dovrebbe assicurare la possibilità di qualsiasi operatore, stabilito sia in Italia che all'estero, di ottenere, qualora dotato dei requisiti richiesti, l'iscrizione nell'elenco». Pertanto, dovrebbe sempre essere consentita l'iscrizione anche di imprese estere alle c.d. *white list*; diversamente, si verrebbe a porre in essere una procedura in contrasto coi principi di diritto comunitario di non discriminazione e di libera concorrenza nel mercato. È pur vero che l'Unione europea, nel marzo 2012, sembra aver preso consapevolezza della dimensione non solo italiana del fenomeno mafioso, ma della rilevanza del fenomeno in molti Paesi dell'Unione; talché al momento, si prevede l'istituzione di una Commissione speciale sul crimine organizzato, corruzione e riciclaggio del denaro (CRIM) a seguito dell'approvazione della risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011. Pertanto, le *white list* dovrebbero, non solo coordinarsi nel territorio italiano, ma col sistema europeo; altrimenti ragionando, tenderanno a diventare uno sbarramento al principio di concorsualità tra gli operatori economici italiani ed europei.

3.4. Le liste di merito nella Legge regionale dell'Emilia Romagna n. 11/2010

Altro tipo di lista, sovente confusa con le *white list*, attiene alle c.d. *liste di merito* previste con l.r. Emilia Romagna 26 novembre 2010, n. 11. L'art. 13 della suddetta legge regionale prevede l'istituzione di un *elenco di merito* degli operatori economici che svolgano attività nel settore edile. L'elenco di merito viene a costituire anche un supporto all'attività di ricostruzione e ripristino delle normali condizioni di vita, dopo gli eventi calamitosi che hanno colpito molti comuni della Regione; pur tuttavia occorre tener presente che, ancora prima degli eventi sismici, la Regione Emilia Romagna aveva previsto un elenco delle imprese edili relativamente alla committenza pubblica e privata, da sottoporre ad un controllo e monitoraggio da parte della Regione stessa ed è questo l'aspetto che rende interessante il caso in esame.

La l.r. n. 11/2010 si dà come obiettivo quello di promuovere iniziative e progetti per la legalità, la trasparenza e la sicurezza del lavoro⁴¹, l'evitare fe-

⁴¹ Ai sensi della l.r. Emilia Romagna 4 dicembre 2003, n. 24 (Disciplina della Polizia amministrativa locale e promozione di un sistema integrato di sicurezza).

nomeni di infiltrazioni malavitose, estendendo peraltro la normativa antimafia, anche alle ipotesi di edilizia privata, in modo da avere *sotto controllo* tutto il settore dell'edilizia, e sottoporla come tale ad una disciplina comune che fin da una prima lettura, sembra sovrapporsi al controllo statale, come si vedrà in seguito. Successivamente all'istituzione delle *liste di merito* e con l'avvento dei fenomeni sismici, si è ritenuto che, qualora l'impresa si avvalga di finanziamenti per la ricostruzione del terremoto, l'iscrizione a tale lista diventi obbligatoria e non più facoltativa, come da regola generale, sulla base del fatto che l'impresa utilizzi, in questo caso, denaro pubblico. Coerentemente l'art. 2 della sopracitata legge regionale, promuove tutta una serie di collaborazioni con gli uffici territoriali del Governo, con le Camere di commercio, industria e artigianato, per penetrare e intervenire nel settore edile, ed in questo quadro si colloca la prospettiva di un'intesa con l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, secondo quanto previsto nell'art. 6, d.lgs. n. 163/2006, ovvero «con tutti gli altri enti ed organismi pubblici, forme di collaborazione, assistenza o di attribuzioni di specifiche funzioni». Trattasi quindi di una lista che indaga a tutto tondo sull'impresa che operi per il settore edile nella Regione, coinvolgendo e coordinandosi anche con gli altri organismi che svolgono controlli analoghi. Ciò è confermato dal fatto che si prevede la costituzione di una *Consulta regionale*⁴², la quale assume il ruolo di osservatorio regionale *ex l.r. n. 2/2009*, ma soprattutto esprime una valutazione sull'impresa per l'iscrizione al c.d. *elenco di merito*. Affinché tali interventi non comportino ulteriori aggravii documentali per le imprese, la Regione si è posta come obiettivo il problema della dematerializzazione dei documenti che l'impresa deve presentare per ottenere l'iscrizione alle *liste di merito*⁴³; a tal fine si prevede la costituzione di un gruppo di lavoro con-

⁴² La Consulta, nominata dal Presidente della Giunta regionale, è composta dall'Assessore regionale, da tre rappresentanti delle organizzazioni sindacali, da tre rappresentanti dei datori di lavoro, da tre componenti designati dagli Ordini e Collegi professionali operanti nel settore edile delle costruzioni.

⁴³ Art. 4, l.r. 26 novembre 2010, n. 11 (*Semplificazione e dematerializzazione*): «1. Per agevolare lo svolgimento delle attività delle pubbliche amministrazioni, degli operatori economici e dei cittadini, la Regione, in collaborazione con gli enti competenti e nel rispetto delle disposizioni vigenti, opera per la semplificazione e per la dematerializzazione degli atti, delle comunicazioni e dei relativi procedimenti; 2. Ai fini di cui al comma 1, in particolare, la Regione: a) costituisce, aggiorna e rende consultabile agli aventi diritto la banca dati delle certificazioni, rilasciate nell'ambito del territorio regionale, relative alla regolarità contributiva degli operatori economici; b) definisce le modalità di redazione e di trasmissione, per via telematica, della notifica preliminare di cui all'art. 99 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (Attuazione dell'art. 1 della l. 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei

giunto volto a definire il contenuto e il formato dei modelli telematici GAP, definire, inoltre le modalità di trasmissione da parte delle stazioni appaltanti attraverso l'Osservatorio regionale contratti pubblici, prevedere ulteriori forme di comunicazioni che dovrebbero avere lo scopo di facilitare l'iscrizione a tali liste.

Gli obiettivi, come emerge fin dai primi articoli delle disposizioni di legge, risultano particolarmente ambiziosi, più che altro perché riguardano un livello regionale, il ché, come si vedrà in seguito, potrebbe avere un effetto di aggravamento per le imprese, le quali, se intendono inserirsi tra gli operatori economici del settore edile nella Regione Emilia Romagna, dovranno tener conto delle disposizioni in parola che verranno a sommarsi a quelle previste a livello nazionale. Pare opportuno sottolineare come il controllo che intende svolgere la Regione Emilia Romagna, consista in un intervento di ampio respiro che coinvolge, come si è detto, tutto il settore dell'edilizia, al fine di garantire che le imprese, facenti parte dell'intera filiera, siano imprese affidabili, non solo sotto il profilo economico o sotto il profilo dell'antimafia, ma che abbiano svolto interventi pubblici o privati con risultati soddisfacenti per l'amministrazione. Occorre a tal proposito precisare che, a differenza delle *white list*, l'*elenco di merito* copre il Codice di costruzioni, ovvero tutte le attività inserite nella sezione F-Ateco 2007, in modo da vigilare non solo su alcuni tipi di attività particolarmente sensibili ad infiltrazioni mafiose – presupposto delle *white list* – ma incidente sull'edilizia in generale così come si desume dai codici utilizzati. Lo *screening* che la Regione Emilia Romagna si propone di attuare attraverso le *liste di merito*, è uno screening a tappeto, ovvero, tutte le imprese che chiedono volontariamente di iscriversi alle *liste di merito*, saranno sottoposte ai controlli previsti nella l.r. n. 11/2010. Che l'intervento regionale abbia una portata generale e generalizzata nel settore dell'edilizia, coinvolgendo tutte le attività edili sia pubbliche che private, lo si desume, altresì, da quanto dispone l'art. 6, c. 1, il quale così recita: «La Regione, nel rispetto

luoghi di lavoro); c) definisce, in accordo con gli Uffici territoriali del Governo, le modalità per la trasmissione delle informazioni e dei dati richiesti ai sensi delle disposizioni vigenti in materia di prevenzione e lotta contro la delinquenza mafiosa; d) individua le modalità, integre e coerenti con le disposizioni vigenti, per la standardizzazione e la trasmissione, per via telematica, dei dati da produrre nell'ambito degli adempimenti in materia edilizia e catastale; e) individua, in coerenza con le disposizioni vigenti in materia ed in accordo con le stazioni appaltanti interessate di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), le modalità di dematerializzazione delle procedure per l'affidamento di contratti pubblici».

delle disposizioni vigenti, svolge funzioni di osservatorio dei contratti di lavori, servizi e forniture, e degli investimenti pubblici al fine di contribuire alla trasparenza e alla realizzazione delle procedure. Concorre altresì al coordinamento delle iniziative e delle attività, promuovendo la collaborazione tra i soggetti interessati»⁴⁴. Emerge che le *white list* e gli *elenchi di merito* – attivati, si ripete, anteriormente agli eventi sismici – hanno ambiti diversi ma comuni finalità, ovvero quello di favorire una maggiore garanzia di serietà degli operatori economici da parte dei committenti pubblici

⁴⁴ Si riportano altresì i c. 2 e 3 dell'art. 6, i quali indicano in modo esplicito il metodo di controllo e di monitoraggio delle imprese coinvolte nel ciclo dell'appalto: «2. La Regione, mediante l'esercizio delle funzioni di osservatorio: a) acquisisce le informazioni ed i dati utili a consentire la trasparenza dei procedimenti di scelta del contraente nonché a monitorare l'attività degli operatori economici in sede di partecipazione alle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, nonché i dati relativi al contenzioso; b) garantisce, nel rispetto delle disposizioni sulla tutela della riservatezza, la pubblicità dei dati e delle informazioni di cui alla lettera a), assicurandone la diffusione e la disponibilità da parte degli enti pubblici preposti all'effettuazione dei controlli previsti dalle disposizioni vigenti, nonché degli altri soggetti aventi titolo alla loro acquisizione; c) promuove la qualità delle procedure di scelta del contraente e la qualificazione degli operatori economici e delle pubbliche amministrazioni anche ai sensi dell'art. 13; d) promuove l'attuazione della disciplina statale vigente inerente la verifica della congruità della incidenza della manodopera relativa allo specifico contratto affidato; e) acquisisce le informazioni ed i dati relativi al ciclo dell'appalto e agli investimenti pubblici, al fine di consentire la tracciabilità e la registrazione dei flussi finanziari nonché la massima trasparenza sulla spesa pubblica; f) svolge attività di studio, ricerca e indagine relativamente agli ambiti di attività di cui alla presente legge; 3. Tra i compiti di cui al comma 2 rientrano prioritariamente le attività relative: a) alla gestione ed all'aggiornamento dell'archivio dei contratti e degli investimenti pubblici; b) alla predisposizione di strumenti informatici per l'acquisizione dei dati di cui al comma 2; c) alla elaborazione dei dati relativi al monitoraggio effettuato ed alla conseguente redazione di rapporti sull'andamento e sulle caratteristiche dell'attività contrattuale e degli investimenti pubblici; d) all'assolvimento degli obblighi di pubblicità previsti dalla presente legge e dalle disposizioni vigenti; e) ad assicurare il necessario supporto informativo agli enti pubblici interessati alle attività di cui al comma 2; f) all'esercizio delle funzioni di segnalazione agli enti competenti per l'effettuazione delle attività di vigilanza in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro e di obblighi assicurativi e previdenziali, con particolare riferimento alle situazioni in cui, anche mediante opportune elaborazioni delle informazioni raccolte, emergano significativi elementi sintomatici di alterazione del congruo e regolare svolgimento delle attività nei cantieri; g) alla segnalazione, agli enti competenti di cui alla lettera f), dei cantieri nei quali si eseguono lavori pubblici aggiudicati ad imprese che hanno presentato un'offerta la cui congruità sia stata sottoposta a valutazione di anomali ai sensi dell'art. 86, d.lgs. n. 163/2006; h) alla formazione ed all'aggiornamento dell'elenco regionale dei prezzi di cui all'art. 8; i) alla individuazione e diffusione di linee guida, buone pratiche e modalità finalizzate a semplificare, uniformare e supportare le attività delle stazioni appaltanti e degli operatori del settore, e a valorizzarne la responsabilità sociale».

e privati⁴⁵. In ogni caso permane una differenza fondamentale: le *white list* hanno come scopo la verifica dell'assenza di rischi di inquinamento mafioso; gli *elenchi di merito* hanno invece come obiettivo quello di corrispondere misure *premiali* ad imprese di cui è stata verificata preventivamente la rispondenza a determinati requisiti, essendo questi ultimi finalizzati a controlli che comprendono, ma non si limitano al profilo dell'antimafia⁴⁶.

È significativo, tuttavia, che nell'*iter* di applicazione della l.r. n. 11/2010, sia stato ritenuto opportuno redigere un Protocollo di intesa tra la regione Emilia Romagna e le Prefetture regionali, che all'art. 3 prevede indagini di certificazione antimafia, di cui all'art. 67, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, anche per le imprese affidatarie ed esecutrici dei lavori oggetto del permesso di costruire nel settore dell'edilizia privata, rilasciata dai Comuni siti nel territorio emiliano-romagnolo⁴⁷.

La costituzione dell'elenco di merito svolge un ruolo sicuramente rilevante per le amministrazioni locali, potendo costituire:

- 1) la banca dati a cui le stazioni appaltanti, i Comuni, i committenti e

⁴⁵ Si veda la Deliberazione del Ministero dell'interno – Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere, del 15.10.2012, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 9.11.2012. Si tratta di iniziative che presentano punti in comune, essendo entrambe finalizzate a favorire la trasparenza e la scelta responsabile degli operatori economici da parte dei committenti pur essendo l'iscrizione in esse di carattere meramente volontario. Risultano, però, evidenti alcune differenze: le *white list* hanno come unica finalità la verifica dell'assenza di rischi di inquinamento mafioso e sono istituite e disciplinate esclusivamente dalla normativa statale (art. 5-*bis*, d.l. n. 74/2012 e d.P.C.M. 18 ottobre 2011); gli elenchi di merito sono invece finalizzati a corrispondere misure premiali ad imprese di cui sia stata verificata preventivamente la rispondenza a determinati requisiti qualitativi. Tra questi è opportuno rammentare l'assenza di tentativi di ingerenza mafiosa il cui accertamento è ovviamente riservato agli Organi dello Stato, afferendo alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica. Ne consegue che le due liste in argomento possono naturalmente "convivere" e concorrere a completare la cornice delle cautele finalizzate a prevenire le ingerenze della criminalità organizzata nel processo di ricostruzione.

⁴⁶ Si osservi che l'art. 13, l.r. 26 novembre 2010, n. 11, prevede che l'iscrizione nell'elenco di merito venga assunto per ulteriori misure premiali definite dalla Giunta regionale. Tra le misure premiali, è stato sottoscritto un protocollo con l'INAIL, al fine di ottenere sgravi fiscali a favore delle imprese.

⁴⁷ In relazione agli obiettivi di semplificazione e razionalizzazione si dà atto che sono tenuti a richiedere la documentazione antimafia, le imprese affidatarie ed esecutrici di lavori di importo pari o superiore ai 70 mila euro, mentre per lavori di minor importo, sarà sufficiente che l'imprenditore produca un'apposita documentazione con la quale attesti che nei propri confronti non sussistano le cause di divieto di decadenza o sospensione, di cui all'art. 67, del d.lgs. n. 159/2011. Da qui la Regione prevede che, le verifiche antimafia, siano svolte dai soggetti che presentino istanza ai Comuni, anche per il permesso di costruire.

i cittadini, possono attingere allo scopo di affidare incarichi alle imprese che si sono sottoposte volontariamente ad una serie di misure e controlli, che le qualificano come operatori economici nel settore edile;

2) attuare la dematerializzazione dei documenti offrendo la possibilità di non dover ripresentare gli stessi certificati per ogni intervento concernente il settore dell'edilizia pubblico-privata.

Quanto ai requisiti per ottenere l'iscrizione, sono quelli usuali, in particolare occorre essere in regola con il DURC, non avere subito protesti cambiari e/o assegni protestati nell'ultimo quinquennio e di essere in regola con la certificazione antimafia. L'impresa deve altresì assumersi l'onere di sottoscrivere determinati impegni nell'esercizio della sua attività: la Regione Emilia Romagna ha infatti predisposto il Protocollo di intesa di legalità che, oltre a voler essere una risposta efficace ai tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata con particolare riferimento all'intera filiera degli esecutori e dei fornitori, la estende anche agli appalti di lavoro sotto soglia⁴⁸. Nel Protocollo d'intesa una particolare attenzione viene riservata alla verifica degli adempimenti degli obblighi retributivi e contributivi che diventano cause ostative all'iscrizione nelle liste: le stazioni appaltanti, secondo la disciplina regionale, sono tenute a controllare il rispetto delle norme in materia di collocamento, nonché il pagamento delle retribuzioni, dei contributi previdenziali assicurativi, delle ritenute fiscali da parte delle imprese appaltatrici e delle imprese sub-appaltatrici⁴⁹. In tema di pagamenti si prevede l'applicazione del Contratto collettivo per l'edilizia nazionale, onde evitare speculazioni nei cantieri, come sovente è avvenuto in precedenza. È indicativo il fatto che, in merito all'efficacia giuridica del protocollo di legalità, le stazioni appaltanti e i soggetti che hanno sottoscritto l'accordo, si impegnano ad assicurare il rispetto delle clausole contenute nel Protocollo stesso, inserendole direttamente nei bandi e prevedendone l'inclusione in tutti i contratti di appalto di lavoro di importo superiore a duecentocinquanta mila euro. Le clausole derivanti dal Protocollo, devono essere accettate e sottoscritte dalle imprese interessate, nel momento della stipula del contratto o del sub-contratto, col ché, ancora una volta, si dimostra il venir meno del

⁴⁸ D.lgs. n. 490/1994 e d.P.R. n. 252/1998. Si osservi inoltre che, a norma del II c. del suddetto Protocollo, le stazioni appaltanti si impegnano a chiedere alle prefetture le informazioni antimafia. Inoltre, i controlli coinvolgono gli appalti e le concessioni di lavoro di importo superiore a centocinquanta mila euro, e i sub contratti di lavoro e servizi di importo superiore ai cinquanta mila euro; in ogni caso, indipendentemente dal valore, opera nei confronti dei soggetti ai quali vengono affidati taluni tipi di forniture e servizi c.d. «sensibili».

⁴⁹ Art. 9 del Protocollo.

principio del bando tipo che aveva ispirato la normativa precedente. Infine, merita di essere segnalato, che il controllo regionale viene esteso anche attraverso ispezioni nei cantieri, proprio per verificare il corretto funzionamento dell'impresa nel momento dell'esecuzione dei lavori e l'applicazione di tutte le normative a tutela dei lavoratori.

4. Le incrinature del bando tipo e del principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare pubbliche

Quanto finora esposto porta a verificare gli effetti che le liste sopra richiamate hanno sul *bando tipo*, e sotto il profilo dell'idoneità dell'impresa a contrarre con la pubblica amministrazione, e sotto il profilo dei requisiti di qualificazione.

Le fattispecie che possono essere richiamate a sostegno della tesi sull'ampliamento di tali requisiti, proprio a causa delle nuove "liste" sono numericamente rilevanti e ciascuna di esse meriterebbe un approfondimento autonomo, pertanto ci si limiterà a segnalare quelle più evidenti.

Se per l'inserimento ad una determinata lista, ad esempio alle *white list* o agli *elenchi di merito*, vengono richiesti ulteriori requisiti rispetto a quelli tradizionali (si pensi all'inserimento nel bando della clausola di tracciabilità finanziaria del contratto di appalto o alla previsione che l'appaltatore si impegni ad inserire nei contratti con eventuali subappaltatori, clausole risolutive espresse) è evidente che, se l'appaltatore non ottiene l'iscrizione alla lista, resta escluso da quella fetta di mercato per la quale è necessaria/opportuna l'iscrizione a tali elenchi. Senza voler considerare che altre prescrizioni possono essere inserite nei bandi in virtù dei c.d. «*Protocolli*» che, come richiamato dalla giurisprudenza, possono introdurre clausole ulteriori rispetto a quelle del contratto tipo.

Quanto alla inidoneità di un'impresa, pare opportuno rammentare che il Codice dei contratti, nella sua prima formulazione, aveva individuato, tipicizzandoli, i requisiti di ordine generale che l'aspirante stipulante doveva possedere per contrarre con la pubblica amministrazione; pur tuttavia, l'art. 38 del Codice è stato variamente novellato dalle successive disposizioni di legge così che oggi, nella sua ultima versione, appare quantomeno di difficile applicazione su un piano pratico⁵⁰. La giurisprudenza è venuta ad ela-

⁵⁰ Occorre rammentare che l'articolo precitato, così come novellato dal d.l. 13.05.2011, n. 70, convertito con l. n. 106/2011, disciplina le c.d. «*cause di esclusione*» dalla par-

borare una esemplificativa individuazione di quelli che possono definirsi «reati gravi»⁵¹, rilevando altresì che, essendo l'elencazione contenuta nel suddetto articolo di carattere tassativo ed obbligatorio, la discrezionalità amministrativa si esplica nell'accertare la sussistenza della causa di assenza di legittimazione; pertanto, a seguito dell'accertamento, il committente sarà tenuto all'applicazione della norma, la quale è da reputarsi cogente e di obbligata applicazione⁵².

Si osservi però che, a seguito della modifica intervenuta con il Decreto sviluppo⁵³ l'art. 38 del Codice è stato ulteriormente modificato: le novità

tecipazione alle gare conseguenti al mancato possesso dei requisiti di cui tutti i concorrenti devono risultare titolari per poter contrattare con le amministrazioni. Per i requisiti di ordine generale, come noto, la fattispecie contemplata all'art. 38 del Codice dei contratti, è applicabile (salvo talune specificità) a tutte le gare ad evidenza pubblica. Si veda, in tal senso, la determinazione dell'Avcp n. 1 del 16 maggio 2012, dove vengono analiticamente esaminati i requisiti di ordine generale per l'affidamento dei contratti pubblici. Sul punto è fiorita un'ampia letteratura che non è possibile in questa sede richiamare; pertanto ci si limita a rinviare a F. Matteucci, *Le dichiarazioni di moralità nel Codice: vecchi dubbi e nuovi interventi dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici*, in *Foro amm.*, 2010, 647 ss.; F. De Sanctis, *Il giudizio di rilevanza dei reati nel requisito di moralità professionale negli appalti pubblici: il così detto Decreto Sviluppo e la fine di un intenso dibattito in Riv. trim. app.*, 2011, 497. Particolare interesse rivestono i richiami giurisprudenziali operati dall'A. che ben mette in evidenza l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale sul punto.

⁵¹ I tribunali amministrativi regionali hanno in verità stabilito diversi criteri al fine di qualificare le violazioni fiscali sotto il profilo della gravità. Vi sono pronunce nelle quali si stabilisce che la rilevanza della violazione debba essere rapportata al fatturato annuo dell'impresa concorrente (Tar Veneto, sez. I, 27 gennaio 2011, n. 115) e altre in cui il giudice amministrativo ha ritenuto di assumere come parametro l'ammontare del debito in rapporto all'importo dell'appalto in gara (Tar Puglia, Bari, sez. I, 1 febbraio 2011, n. 213; Tar Lombardia, Milano, sez. I, 27 dicembre 2010, n. 7715).

⁵² L'automatismo si rinvia a F. Ventura, *Commento all'art. 38*, A. Carullo, G. Iudica in *Commentario breve alla legislazione degli appalti pubblici e privati*, cit., 372 ss. Il quadro normativo, oggi, può così sintetizzarsi: l'art. 4, comma 2, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 convertito poi con modificazioni nella l. 12 luglio 2011 n. 106, ha introdotto nell'art. 38, comma 1, lett. g) del Codice degli appalti la parola «gravi» dopo quella di «violazioni», mentre nel contempo ha sostituito il comma 2 dello stesso art. 38, precisando che «si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'art. 48 bis commi 1 e 2 bis, del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602. Si osservi che l'art. 1 comma V del d.l. 2 marzo 2012, n. 16, convertito con modificazioni nella l. 26 aprile 2012, n. 44, (disposizioni urgenti in materia di semplificazione fiscale, pur lasciando inalterata la lettera g) del comma 1 dell'art. 38 del Codice, ha aggiunto, al comma II dello stesso art. 38, l'espressione per cui «costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili».

⁵³ Decreto sviluppo entrato in vigore il 14 maggio 2011, ripreso sostanzialmente nella l. di conversione n. 106/2011.

introdotte dalla legge sopra richiamata sembrano essere idonee ad assecondare quella volontà di sottrarre discrezionalità alle stazioni appaltanti, attraverso la tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare, alla quale dovrebbe conseguire, quindi, la costituzione di un assetto normativo chiaro al cui interno si possono agevolmente muovere, sia gli operatori economici, sia le pubbliche amministrazioni⁵⁴. Tale prospettazione, tuttavia, ha creato un ulteriore problema: l'automatismo disciplinato in modo rigido, si pone in contrasto con la direttiva n. 18/2004 che aveva posto in termini valutativi la sanzione dell'esclusione dell'impresa. Il «può» previsto nella direttiva in questione, parrebbe non tanto facultizzare l'esclusione a fronte di particolari situazioni, quanto piuttosto richiedere una valutazione alla stazione appaltante, circa la gravità del «rilievo» nella singola gara⁵⁵. Si osservi come ripetutamente la Corte di giustizia ha ribadito che, in materia di attuazione delle direttive, è riconosciuta *ex art. 249, c. 3, del Trattato*, una competenza dello Stato membro in merito alla forma ed ai mezzi con cui darne attuazione; è altrettanto vero, però, che la discrezionalità dello Stato membro non può tradursi in una compressione dei generali canoni comunitari. Pertanto le misure adottate dal legislatore interno, non possono incidere sulle posizioni

⁵⁴ Sul punto si veda F De Sanctis, *Il giudizio di rilevanza dei reati nel requisito di moralità professionale negli appalti pubblici: il cosiddetto «decreto sviluppo» e la fine di un intenso dibattito*, cit., 498 .

⁵⁵ Sul punto si veda A. Pistilli, *L'esclusione dalla gara d'appalto per violazione degli obblighi contributivi previdenziali ed assistenziali: il giudizio sulla "gravità" della violazione e la configurabilità di una falsa dichiarazione in caso di bando generico, tra orientamenti giurisprudenziali ed intervenute modifiche normative*, nota alla sentenza Cons. St., sez. IV, 2 maggio 2011, n. 2580, in *Riv. trim. app.*, 2011, 91 ss. Rileva l'Autore che fermo restando il carattere dell'obbligatorietà dell'esclusione rispetto alle fattispecie indicate dal legislatore, le situazioni possono essere diverse. Non pare, ad esempio che possano esservi dubbi sulla totale vincolatività dei provvedimenti di esclusione in caso di fallimento o di altre procedure concorsuali in capo al concorrente, di cui è sufficiente che si accerti la pendenza (art. 38, c. 1, lett. a); così come pure in relazione alla presenza di condanne per uno dei reati indicati dal primo comma dell'art. 5, Direttiva n. 18/2004 CE (art. 38, c. 1, lett. c). Non parrebbero residuare spazi di valutazione nemmeno nel caso dell'avvenuta annotazione nel Casellario informatico di una dichiarazione non veritiera che l'impresa abbia reso in un'altra gara (art. 38, c. 1, lett. h). Profili di discrezionalità, invece – o quanto meno un potere di interpretazione delle previsioni normative- sono stati riconosciuti in capo all'amministrazione, in primo luogo, in ordine alla valutazione dell'incidenza della condanna penale sull'affidabilità (moralità professionale) del concorrente (art. 38, c. 1, lett. c). A tal fine difatti, per giurisprudenza costante il committente deve tenere in considerazione tutti gli elementi della fattispecie, fra cui la gravità del fatto e le modalità della sua commissione, oltre cui la gravità del fatto e le modalità della sua commissione, oltre al *tempus commissi delicti* alla sua eventuale reiterazione, nonché alle particolarità dell'oggetto dell'appalto.

del privato e dell'operatore economico, se non in modo strettamente necessario al raggiungimento dell'obiettivo perseguito nella Direttiva. Quindi, si ritiene che, i principi generali di parità di trattamento e di proporzionalità derivanti dagli artt. 46 e 56 del TFUE, non possono essere compresi⁵⁶.

Se si pensa alle modalità dell'intervento prefettizio per l'iscrizione alle *white list* e agli effetti delle stesse, sorgono taluni dubbi in merito alla discrezionalità che può assumere l'informativa antimafia, stante il fatto che trattasi di un requisito imprescindibile per l'accesso alla gara e automatica causa di esclusione. Si può fare un parallelo -sia pure nella diversità delle fattispecie- con l'ordinanza n. 1969, del Tar Lombardia, 12 luglio 2012, il quale ha portato al vaglio della Corte di giustizia il concetto di gravità della violazione contributiva da parte dell'impresa concorrente, ex art. 38, c. 2, d.lgs. n. 138/2006. La violazione diventa grave, secondo il Tar, solo se mette in dubbio l'affidabilità dell'operatore economico; l'art. 38, attraverso l'esclusione automatica, tende invece a disciplinare in modo uguale, situazioni profondamente diverse «si da risultare inidoneo allo scopo di sanzionare in modo effettivo il concorrente resosi responsabile di una violazione contributiva in concreto rilevante» rispetto ad una violazione contributiva non rilevante⁵⁷.

La finalità perseguita dall'art. 38, c. 2, d.lgs. n. 163/2006, era -ed in parte rimane- proprio quella di eliminare ogni autonomia valutativa della commissione aggiudicatrice, introducendo una nozione esclusivamente legale di gravità della violazione⁵⁸. Tuttavia, una recente sentenza del Consiglio di Stato, apre ad una diversa interpretazione: l'indagine sulla situazione relativa all'obbligo di pagamento di imposte e tasse non è fine a sé stessa, né si limita ad una verifica del mero inadempimento, piuttosto tende ad esaminare in modo generale la regolarità sul piano tributario delle imprese par-

⁵⁶ Com'è noto, agli Stati membri compete una certa discrezionalità nell'adozione delle misure legislative volte a garantire i principi delle procedure di appalto, tuttavia il canone di proporzionalità deve pur sempre trovare applicazione, altrimenti ragionando, si rischierebbe la violazione di quei principi generali sopra richiamati.

⁵⁷ I. Pagani, *Commento TAR Lombardia, Milano, sez. III, ordinanza 12 luglio 2012 n. 1969*, in *Urbanistica e appalti*, n. 12/2012, 1314. L'irrazionalità della scelta legislativa (intesa come incoerenza di essa con i canoni di proporzionalità e di uguaglianza), può quindi dedursi anche con riguardo allo stesso dato oggettivo, astratto e unico al quale - per *relationem* al d.M. 24 ottobre 2007 - si connette al parametro della gravità.

⁵⁸ Infatti, l'attribuzione di poteri discrezionali alle stazioni appaltanti, in ordine all'accertamento della gravità della violazione commessa, potrebbe favorire la proliferazione di scelte arbitrali tali da provocare trattamenti diversi in situazioni identiche, in ciò violando il principio di parità di trattamento e di tutela della concorrenza.

tecipanti alla gara, sulla base di una pluralità di elementi indicativi (ad esempio le scritture contabili, il pagamento imposto di ogni correlata prestazione in grado di accertare la regolare gestione finanziaria e la conseguente solvibilità dell'impresa)⁵⁹. Se queste sono le coordinate retrostanti alle cause preclusive a contrarre con l'amministrazione, la richiesta di iscrizione alle c.d. *white list* o *liste di merito*, implica un ampliamento delle stesse, venendosi così a minare l'assunto della tassatività delle suddette clausole⁶⁰.

Pare in verità doversi aderire all'impostazione assunta dal Tar Lombardia (Milano, sez. III, ord. 12 luglio 2012, n. 1969) ove si viene a dubitare della proporzionalità e della ragionevolezza del criterio dettato dal precitato art. 38, perché se si prende in esame il dato meramente quantitativo dell'importo della violazione commessa (superiore ai 100.000 euro) e della sua eccedenza rispetto al 5% dello spostamento tra le somme dovute e quelle versate, siffatto criterio non integra un indice significativo dell'affidabilità dell'impresa⁶¹.

Se già risulta critico l'attuale sistema dell'automatismo relativo addirittura all'idoneità a contrarre dell'operatore economico privato, con l'introduzione delle liste per alcuni casi vengono ad ampliarsi taluni requisiti di idoneità, in altri casi invece i requisiti richiesti, pur non incidendo sull'aggiudicazione dell'appalto, condizionano il punteggio finale. In definitiva, per quanto la criticità del sistema che viene a delinearsi attenga prevalentemente alla sovrapposizione delle cause di inidoneità a contrarre – vedi le liste di merito in Emilia Romagna – sono altrettanto gravosi i requisiti che la sta-

⁵⁹ Consiglio di Stato, sez. III, 5 marzo 2013, n. 1332. Si rinvia al commento di M. Giovannelli, in *Urbanistica e appalti*, n. 6/2013, 672 ss.

⁶⁰ Sia consentito il rinvio a G. Marchianò, *Commento art. 64*, in *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, a cura di Carullo-Iudica, Padova, Cedam, 2009, 548 ss.

⁶¹ Osserva il Tar Lombardia, Milano, nella precitata ordinanza che «si tratta di un criterio astratto che non si modella sulle caratteristiche della singola gara, in relazione al suo oggetto e al suo valore concreto, né sulla struttura dell'impresa che ha commesso la violazione, in relazione al suo fatturato e alla sua capacità economica finanziaria». In particolare il giudice amministrativo osserva giustamente che «la medesima violazione contributiva pur astrattamente grave ai sensi dell'art. 38, comma 2 del d.lgs 163/2006, può essere indice di una concreta inaffidabilità per un'impresa di piccole dimensioni, che ha ripetutamente omesso di effettuare i versamenti contributivi, mentre perde di significato rispetto ad un'impresa di grandi dimensioni che realizza ingenti fatturati ed è incorsa in un'unica e occasionale violazione contributiva». Secondo tale impostazione si perviene alla conclusione che l'art. 38, c. 2, tratta in modo uguale situazioni palesemente diverse, così da risultare inidonea l'inaffidabilità del concorrente che si è reso responsabile di una violazione contributiva.

zione appaltante può richiedere nel bando, in virtù delle liste di cui si è parlato.

A fronte delle coordinate retrostanti al sistema delle gare ad evidenza pubblica, vi è però tutta una serie di prospettive e tematiche che coinvolgono anche l'Unione, la quale suggerisce di mitigare l'automatismo della sanzione dell'esclusione, e di riportare in campo la valutazione che della stessa violazione deve fare l'amministrazione aggiudicatrice.

5. Una semplificazione complicante

L'analisi condotta sul proliferare di vari elenchi a cui le imprese dovrebbero iscriversi, determina il sorgere di diversi tipi di problemi, il più urgente tra i quali attiene al fatto che risulta assolutamente necessario un coordinamento tra le liste, in modo che non si pervenga a duplicati che allontanino l'obiettivo della semplificazione e dello snellimento delle gare ad evidenza pubblica.

La situazione venutasi a creare risulta, in verità, diametralmente opposta rispetto agli obiettivi di semplificazione da più parti auspicati, trovandosi l'impresa nella necessità e/o opportunità di iscriversi ad una pluralità di liste che, peraltro, spesso richiedono gli stessi requisiti e in taluni casi, addirittura, gli stessi documenti.

Né vale l'eventuale obiezione che per alcune di esse ci si basi su un elemento volontaristico, stante il fatto che, in ogni caso, l'iscrizione anche a tali liste, apre un'opportunità all'impresa per l'accesso al mercato e, pertanto, la necessità di tale iscrizione non può considerarsi da un punto di vista fattuale, come meramente volontaria.

Il vero è che occorre semplificare coordinando gli interventi in materia e non complicare duplicando!

Abstract

The article examines the issue of private companies' eligibility to apply to public procurement calls, given the widespread trend of public administrations to publish lists of companies meeting certain requirements. .

After an appraisal of the role played by the Authority for the Supervision of Public Contracts, the article examines the companies' ratings adopted by the Antitrust and the white lists established by the Anti-mafia Prefectures. Furthermore, the article focuses on the Emilia Romagna regional law which establishes the so-called «Lists of

giovanna marchianò

merit». Indeed this is a very specific eligibility method for companies wishing to operate in the construction sector in such Region. The problem arising from such method is, however, the lack of coordination among different lists; and the duplication of administrative activity to the detriment both of the simplification of public procurement processes and of the companies, which are required to redouble their efforts to apply to different lists.

ESPERIENZE STRANIERE

MONICA COCCONI

GLI ATENEI FRANCESI ALLA RICERCA DI UNA NUOVA IDENTITÀ

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il mutamento del contesto istituzionale e la nuova funzione delle università francesi: *vers une université possible?* – 3. I riflessi del mutamento di funzione sulla *governance* istituzionale e organizzativa. L'assetto della *governance* sub-istituzionale. – 4. Il mutamento di funzione delle università e i suoi riflessi sulla nuova *governance* degli atenei francesi.

1. Premessa

«*En quête d'universités*»¹ è l'efficace titolo di un noto saggio sulle università francesi del 1989 che sintetizza il percorso da queste compiuto dal periodo napoleonico, caratterizzato dalle Università imperiali, all'inizio degli anni Novanta per acquisire autonomia rispetto al potere politico, divenire protagonisti dell'insegnamento superiore ed acquisire una capacità di governo in grado di rispondere alla nuova domanda di formazione della società².

Gli esiti di questo percorso sono rappresentati, principalmente, dalla *Loi sur les libertés et responsabilités des Universités* del 2007 che riforma in profondità l'assetto di governo delle università francesi accrescendo le prerogative dei rettori, il grado di autonomia degli Atenei e la partecipazione ai loro organi di attori esterni. Ad essa sono seguiti i *Décrets* n. 2009-460 e 2009-464.

* Il presente contributo è destinato alla pubblicazione in un Volume sull'organizzazione degli Atenei a cura di F. Roversi Monaco.

¹ Si v. Friedberg, Musselin, *En quête d'universités*, Paris, Harmattan, 1989.

² Ripercorre efficacemente tale percorso, C. Musselin, *La longue marche des Universités française*, Paris, Harmattan, 2001. Sul tema v. altresì, P. Frier, *Les Universités en France*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, I, 184; M. Calamo Specchia, *Lo Statuto dell'Università in Francia. Dalle écoles napoleoniche all'autonomia costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. Eur.*, 2009, 662; R. Semenza, *Il sistema di istruzione superiore francese e le sue trasformazioni*, Centre for Higher Education & Society Studies, Working Paper, n. 7 del 2010; G. Sgueo, *Competitività, valutazione, reclutamento: la riforma dell'università francese*, in E. Carloni, P. Forte, C. Marzuoli, G. Vesperini, *Il sistema universitario in trasformazione*, Napoli, ESI, 2011.

Grazie alla precedente *Loi de programme pour la recherche* del 2006, la frammentazione del sistema francese d'istruzione superiore era già stata attenuata con la graduale creazione dei *Pôles de Recherches et d'Enseignement Supérieur*, in cui possono riunirsi università e *grandes écoles*; la loro istituzione ha comportato una crescita di dimensioni delle università francesi che ne ha elevato la visibilità e l'autorevolezza internazionale³.

Prima di analizzare, specificamente, gli esiti di questo percorso, è opportuno, tuttavia, situare la trasformazione istituzionale delle Università francesi nel contesto, più generale, dei profondi mutamenti che hanno investito, dall'inizio del XX secolo, la *governance* istituzionale delle principali Università europee per cogliere affinità e differenze del sistema francese rispetto alle tendenze generali.

Il tema della *governance* istituzionale degli Atenei, in realtà, non può mai essere affrontato come questione a sé stante ma come ricerca della forma di governo più in grado di perseguire, di volta in volta, la missione storica loro affidata⁴. In tale prospettiva, è evidente che il progressivo mutamento o, comunque, l'arricchimento della missione di recente riconosciuta alle Università dovrebbe riflettersi necessariamente sulla revisione del loro modello organizzativo interno, oltre che sul grado di autonomia ad esse accordato.

L'effettiva funzionalità delle soluzioni organizzative introdotte per il governo delle università, inoltre, ha quale condizione irrinunciabile e prioritaria un'adeguata *governance* complessiva del sistema universitario ovvero dei modi di esercizio delle funzioni di indirizzo, di valutazione e di finanziamento esercitate dai poteri pubblici nazionali su di esse. La capacità delle istituzioni universitarie di perseguire le proprie missioni risulta condizionata infatti, ancor più e prima che dalla loro forma di governo interna, da dinamiche e scelte di indirizzo di carattere sistemico.

La questione della *governance* istituzionale più idonea a conseguire la nuova missione assegnata alle Università, di conseguenza, non può essere concepita che come un tassello del mutamento dell'assetto di governo com-

³ Infine, nel corso del 2011, il Governo francese, convinto della centralità del sistema d'istruzione superiore per il decollo della competitività del sistema economico, ha stanziato 22 miliardi di euro per l'istruzione e la ricerca nel quadro dell'Operazione «*Grand emprunt*» destinata al rilancio dell'economia nazionale.

⁴ Sulla *governance* quale mero strumento delle missioni assegnate alle Università si v. M. Dugato, *Diversità degli atenei e modelli di governance*, in G. Della Cananea, C. Franchini, *Concorrenza e merito nelle università*, Torino, Giappichelli, 2011; T. Christensen, *University governance reforms: potential problems of more autonomy*, in *Higher ed.*, 2011, vol. 62, 4.

gli atenei francesi alla ricerca di una nuova identità

pllessivo del sistema universitario e delle forme di esercizio dell'azione pubblica su di esso⁵.

Il passaggio da una vocazione élitaria dell'università ovvero di selezione della classe dirigente del Paese alla funzione di favorire la competitività del sistema economico attraverso l'offerta ai giovani di una formazione culturale e professionale adeguata alle richieste del mondo del lavoro (descritta, in Francia, come transizione da «*une université pour la science*» a una «*pour la société*») ha imposto, in molti Paesi europei, la ricerca di un modello organizzativo di istruzione superiore in grado di conseguire queste finalità⁶.

L'ispirazione è stata sovente offerta dal modello inglese, scaturito sia dall'impostazione neo-liberale introdotta dai governi conservatori guidati dal Primo Ministro Margaret Thatcher negli anni Settanta sia dai programmi di riforme amministrative diretti ad applicare alla sfera pubblica il modello del cd. *New Public Management* ovvero ad introdurre, nella gestione degli Atenei, la prospettiva aziendalistica del calcolo costi-rendimenti e della valutazione dei risultati⁷.

Nel contempo, l'apertura delle Università ad ampie fasce di giovani, fondata sulla convinzione che il diritto sociale all'istruzione dovesse essere garantito anche nell'istruzione superiore, ha prodotto una crescita delle dimensioni degli Atenei e una proliferazione del loro numero. Tali fattori, unitamente alle crescenti esigenze di contenimento della spesa pubblica, hanno imposto attività di valutazione *ex post* dei risultati scientifici e formativi delle Università, diretti a verificare che i costi sostenuti per il loro funzionamento fossero giustificati dai rendimenti da queste conseguiti. In tale prospettiva, i processi di valutazione sono stati sempre più concepiti non solo come condizione per accertare la qualità della ricerca pubblica ma, altresì, quale criterio per decidere l'allocazione di risorse finanziarie sempre più scarse secondo parametri oggettivi e verificabili⁸.

⁵ Sul nesso fondamentale fra *governance* istituzionale e governo nazionale del sistema universitario si v. A. Police, *Verso nuovi strumenti di governance nelle università?*, in G. Della Canea, C. Franchini, cit.

⁶ Circa il mutamento di funzioni delle università in risposta alle necessità del sistema economico si v. C. Paradeise, E. Reale and G. Goastellec, *A Comparative Approach to Higher Education Reforms in Western European Countries*, in *University governance: Western European perspectives*, a cura di C. Paradeise, E. Reale, I. Bleike, E. Feire, Dordrecht, Springer, 2009, 197-225.

⁷ In tal senso si v. S. Battini, *La nuova governance delle università*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2011, 359.

⁸ In tal senso si v. W. Gasparri, *Conoscenza e decisione nella valutazione della ricerca scientifica. Esperienze giuridiche europee a confronto*, in *Dir. pubbl.*, 2008, I, 197 ss.

Alle nuove funzioni assegnate all'istruzione superiore si è accompagnata l'adesione a nuovi modelli valoriali che ne legittimano il conseguimento: la tradizionale fiducia su cui si fondavano, principalmente, le dinamiche sociali all'interno delle università viene affiancata e/o sostituita dalla verifica della loro affidabilità, attraverso una valutazione dei loro rendimenti; la garanzia della libertà e autonomia della ricerca scientifica, inoltre, risulta inevitabilmente temperata da una loro necessaria assunzione di responsabilità nel compimento della propria attività professionale (*accountability*) verso i soggetti da questa coinvolti.

Tali innovazioni, tuttavia, non hanno implicato una diminuzione del controllo pubblico sulle università ma ne hanno mutato le forme di esercizio (non «*moins d'État*» ma l'«*État autrement*»): queste sono improntate, anziché ad un controllo diretto, principalmente alla regolazione, attraverso la formulazione di *guideline* degli spazi di autonomia degli Atenei, alla verifica *ex post* delle loro *performance* ed all'introduzione di meccanismi di finanziamento sempre più condizionati agli esiti delle valutazioni effettuate.

Alla trasformazione delle forme del controllo statale si è accompagnata una crescita dell'influenza dei poteri pubblici transnazionali – sia pure sensibilmente inferiore a quella presente in altri settori – sulle funzioni di valutazione e di reperimento di risorse proprie degli Atenei. L'ingresso dell'Unione europea nell'istruzione superiore è stato rafforzato e legittimato dalla cd. «strategia di Lisbona», presentata dal Consiglio europeo del marzo 2000 ed improntata ad un riequilibrio delle finalità sociali e di quelle mercantili del processo d'integrazione⁹.

La maggiore articolazione del modello europeo di sviluppo ha indotto a riconoscere un ruolo fondamentale, nello svolgersi del processo europeo d'integrazione, all'iniziativa europea nell'istruzione quale fattore in grado di recuperare la competitività dell'economia europea rispetto alla concorrenza dei mercati mondiali.

Il mutamento di contesto economico in cui si colloca l'integrazione dei mercati con la loro apertura alla concorrenza ai mercati internazionali, infatti, ha indotto le economie europee a perseguire un vantaggio competitivo soprattutto attraverso la realizzazione di prodotti di qualità, frutto di innovazione tecnologica, anziché con la diminuzione di salari e prezzi.

⁹ Sull'ingresso dell'Unione europea nell'istruzione superiore mi sia consentito il rinvio a M. Cocconi, *Il diritto europeo dell'istruzione. Oltre l'integrazione dei mercati*, Milano, Giuffrè, 2006. Si v., altresì, E. Voegtle, c. Knill, M. Dobbins, *To what extent does transnational communication drive cross-national policy convergence? The impact of the Bologna-process on domestic higher education process*, in *Higher ed.*, 2011, vol. 61, 1.

gli atenei francesi alla ricerca di una nuova identità

In tale nuovo contesto, la creazione di conoscenze attraverso l'investimento nell'istruzione superiore riveste un ruolo più decisivo rispetto alla stessa mobilità dei fattori produttivi nella formazione di capitale umano in grado di accrescere la capacità innovativa delle imprese e la qualità della loro produzione.

In questa prospettiva l'ancoraggio ai poteri pubblici nazionali delle funzioni pubbliche relative all'istruzione superiore non è più esclusiva ma si affianca all'influenza, sia pure indiretta, esercitata su di esse dal diritto europeo e dal processo di globalizzazione¹⁰. Sui sistemi d'istruzione superiore, infatti, l'Unione non possiede competenze normative dirette ma può influire indirettamente su di essi attraverso la garanzia riconosciuta alla libertà di stabilimento dei professionisti nei diversi Paesi membri e alla promozione da parte della Comunità, a tal fine, del riconoscimento accademico dei diplomi e dei periodi di studio.

La valutazione dei prodotti di ricerca delle università, ad esempio, dipende sempre più da indicatori europei ed internazionali che ne misurano

¹⁰ Si v., per il riconoscimento nella dimensione europea dell'istruzione superiore di una delle tendenze di revisione del sistema di istruzione superiore, G. Vesperini, *Per uno studio delle tendenze di riforma del sistema universitario*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2009. In realtà, quanto ai sistemi d'istruzione superiore, l'Unione non possiede competenze normative dirette ma può esercitare su questi un'influenza indiretta attraverso la garanzia riconosciuta alla libertà di stabilimento dei professionisti nei diversi Paesi membri e alla promozione da parte della Comunità, a tal fine, del «riconoscimento accademico dei diplomi e dei periodi di studio». Al fine di garantire la mobilità dei professionisti, infatti, il legislatore comunitario ha emanato una serie di direttive, prima settoriali e poi generali, sul riconoscimento reciproco dei diplomi. Tale riconoscimento è diretto ad evitare che le legittime differenze fra i sistemi nazionali d'istruzione possano tradursi in arbitrarie discriminazioni fondate sulla nazionalità a svantaggio dei cittadini appartenenti ad altri Stati membri. Tali direttive incidono inevitabilmente, sia pure in modo indiretto, sulle competenze esercitate dagli Stati in ordine alla definizione dei contenuti formativi dei Corsi di Laurea. Nelle direttive settoriali, ad esempio, il riconoscimento dei diplomi è espressamente subordinato, dalla disciplina europea, ad un previo coordinamento dei contenuti della formazione, compresi i *curricula* universitari. L'esercizio delle competenze nazionali, quindi, è inevitabilmente costretto a conformarsi agli *standard* minimi stabiliti dalle direttive a cui è condizionato il riconoscimento dei diplomi. L'effetto della normativa comunitaria è anche quello di creare inevitabilmente una concorrenza fra ordinamenti interessati dai processi di mobilità in quanto il sistema di riconoscimento, garantendo il diritto dei cittadini europei di utilizzare le proprie conoscenze professionali in tutti gli Stati membri, si tradurrà inevitabilmente nell'interesse di questi di acquisire tali conoscenze ove lo riterranno più qualificante. La funzione del mutuo riconoscimento dei diplomi, dunque, non è unicamente quella di permettere la libera circolazione dei professionisti nell'ambito dell'Unione europea ma anche quella di favorire la circolazione degli stessi sistemi d'istruzione nazionale, mettendoli a confronto.

la qualità e il loro finanziamento è sempre più condizionato dalla loro capacità di ottenere le risorse finanziarie messe a disposizione da poteri pubblici ultrastatali.

Le nuove funzioni assegnate alle Università ne hanno influenzato in profondità il modello organizzativo e la forma di governo: anzitutto la crescita di autonomia delle istituzioni universitarie e la presenza, nel loro governo, di soggetti esterni è parsa una condizione per rafforzare la loro capacità di risposta alla domanda di formazione della società, in secondo luogo la stessa esigenza ha indotto, secondo una tendenza comune ad alcuni paesi europei, come l'Italia e la Spagna, a valorizzare il ruolo di governo monocratico del rettore ed a svalutare quello dell'organo rappresentativo della comunità scientifica.

2. Il mutamento del contesto istituzionale e la nuova funzione delle università francesi: *vers une université possible?*

Per comprendere le resistenze e l'incompiuta attuazione che ha conosciuto, in Francia, l'affermarsi del principio di autonomia sul versante del riconoscimento dell'autogoverno delle Università, è necessario ripercorrere, sia pure per tappe essenziali, i tornanti della loro storia.

L'espressione *impossible université française* – come la definì C. Charle del 1994¹¹ – sintetizzava con efficacia l'assenza o comunque la debolezza, nella tradizione francese, di università dotate di autonomia rispetto al potere politico. In tale contesto i modelli organizzativi dominanti e in grado di esercitare un'influenza sul potere politico furono, per molto tempo, unicamente quelli delle Facoltà e delle professioni accademiche, mentre le università rimasero, per lungo tempo, sostanzialmente inesistenti come soggetti collettivi dotati di autonomia e di capacità di autogoverno.

Risorta sulle ceneri della Rivoluzione che aveva decretato, tra il 1792 ed il 1793, l'abolizione dell'insegnamento superiore universitario di matrice cattolica su tutto il territorio della Repubblica, l'Università imperiale, fondata da Napoleone il 17 marzo 1808, si presentò, a differenza delle corporazioni universitarie autonome dell'*ancien régime*, con il volto di una vera e propria grande amministrazione, un corpo dello Stato che comprendeva cinque ordini di Facoltà: Teologia, Diritto, Medicina, Scienze matematiche e fisiche e Lettere. La sua creazione dava corpo al sogno napoleonico di trasformare l'istruzione superiore in un'unica persona giuridica pubblica retta

¹¹ La frase è citata da C. Musselin, *La longue marche*, cit., 13.

da principi uniformi e destinata ad assicurare l'unità morale della nazione. Ad essa veniva conferito il monopolio dell'insegnamento pubblico ed era posta sotto il controllo diretto di un *Grand Maître* nominato dall'Imperatore con il potere esclusivo di rilasciare i diplomi e di nominare il corpo docente di ciascuna Facoltà¹².

La diffusione della concezione moderna di Stato nel XVI secolo che produsse, negli altri Paesi europei, lo sviluppo di sistemi nazionali di istruzione superiore ispirati al modello napoleonico *humboldtiano*¹³, fu viceversa, in Francia, un fattore determinante per l'istituzione delle *grandes écoles*. L'*École Normale Supérieure*, istituita dapprima durante la Restaurazione con un decreto della Convenzione del 9 brumaio dell'anno III (30 ottobre 1794) e poi soppressa, fu rifondata da Napoleone con il decreto del 1808; con decreti successivi furono poi create le succursali dell'*École normale*, fra cui l'*École Normale Supérieure* di Pisa, con atto del 18 ottobre 1810.

Le *Écoles* furono destinate in via esclusiva alla formazione delle *élite* dell'amministrazione e del sistema produttivo e provocarono l'emarginazione delle università da tale ruolo. La loro istituzione caratterizzò il sistema d'istruzione superiore francese come fortemente dicotomico secondo un'organizzazione duplice improntata all'esistenza di un canale, quello delle *grandes écoles*, selettivo e destinato alla formazione delle *élites* e un altro, quello delle università, diretto a garantire l'istruzione di massa. A tale distinzione corrispondeva una loro ulteriore suddivisione per settori disciplinari laddove le università erano investite principalmente della responsabilità della formazione umanistica mentre le *grandes écoles* assolvevano a quella economica e tecnico-ingegneristica.

In realtà la rappresentazione del sistema francese di istruzione superiore come rigidamente dicotomico offre un'immagine semplificata e parziale della realtà effettiva: accanto alle *grandes écoles* e a fianco delle Università, infatti, vi era un ulteriore segmento selettivo dell'istruzione superiore, costituito dagli istituti tecnici universitari e un altro settore di istruzione superiore non-universitaria, rappresentato dalle sezioni di istruzione tecnica superiore.

¹² Per un'analisi più articolata, sotto il profilo storico, dell'evoluzione delle università francesi verso il riconoscimento dell'autonomia si v. M. Calamo Specchia, *Lo Statuto dell'Università in Francia. Dalle Écoles napoleoniche all'autonomia costituzionale*, in *Dir. pubbl. comp. ed eur.*, 2009, II, 662 ss.; si v., anche, W. Bernardi, *Educazione e società in Francia. Dall'illuminismo alla Rivoluzione*, Torino, Loescher, 1978.

¹³ Su cui si v. S. Cassese, *L'Università e le istituzioni autonome nello sviluppo politico dell'Europa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 755; Id., *Storia e prospettive dell'ordinamento universitario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1989, spec. 820.

Il modello che emerse fu caratterizzato da un significativo accentramento politico ed amministrativo del sistema d'istruzione superiore sotto il controllo diretto del Ministero, in stretta collaborazione con il sistema nazionale dei settori disciplinari e quello locale delle Facoltà. L'«*inexistence des universités françaises*» rimase un elemento caratterizzante del sistema francese di istruzione superiore anche dopo la legge *Faure* del 1968 che pure tendeva ad eliminare l'organizzazione improntata unicamente sulle Facoltà per favorire una rinascita effettiva delle Università francesi attraverso il riconoscimento della loro autonomia.

È emblematico, peraltro, che la genesi storica di tale riconoscimento sia da ravvisarsi in Francia, sotto il profilo costituzionale, nel principio di indipendenza dell'insegnamento e della ricerca universitaria, sancito dalla decisione del *Conseil Constitutionnel* del 20 gennaio 1984.

Il fondamento costituzionale di tale principio fu individuato infatti nell'art. 11 della Dichiarazione dei diritti del 1789, ovvero nella garanzia della libertà di espressione, la cui condizione di effettività era riconosciuta nell'indipendenza dei professori universitari, intesa come principio autonomo ma complementare al primo.

È altrettanto interessante evidenziare come, nella pronuncia citata, il principio dell'autonomia universitaria come autogoverno fosse concepito quale effetto diretto, sotto il profilo istituzionale, proprio dell'indipendenza garantita ai professori nell'attività di insegnamento e di ricerca¹⁴.

Maturava dunque la convinzione, anche in Francia, che l'autonomia universitaria dovesse costituire l'elemento fondante del sistema di istruzione superiore¹⁵ in quanto rappresentava, in modo peculiare, una condizione essenziale per consentire all'università di offrire alla società l'elaborazione del sapere critico e la creazione di nuove conoscenze ovvero lo svolgimento delle proprie missioni tradizionali.

Anche nel nostro Paese, peraltro, l'attività di ricerca è concepita, in effetti, come la ragione di fondo, secondo quanto evidenziato dalla scienza giuridica¹⁶, del riconoscimento di autonomia alle università; questo spiega,

¹⁴ Si v., in tal senso, Y. Gaudemet, *Les bases constitutionnelles du droit universitaire*, in *Rev. Dr. Sc. Pol.*, 2008, 679 ss.

¹⁵ Per il riconoscimento, nell'autonomia universitaria, dell'elemento fondante del sistema di istruzione superiore si v. A. Poggi, *Un sistema nel sistema: l'autonomia universitaria*, in M. Capano, P. Tognon, *La crisi del potere accademico in Italia*, Bologna, il Mulino, 2008, 57. Sul tema, più di recente, si v. C. Pinelli, *Autonomia universitaria, libertà della scienza e valutazione dell'attività scientifica*, in *Munus*, 2011, n. 3, 568.

¹⁶ Si v. in tal senso F. Merloni, *Il rettore nell'assetto di governo delle università italiane. Ruolo, funzioni e imparzialità*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 705.

gli atenei francesi alla ricerca di una nuova identità

in parte, perché il riconoscimento costituzionale di autonomia a istituzioni deputate principalmente all'attività didattica, come le scuole, non abbia avuto lo stesso sviluppo¹⁷. La stessa giurisprudenza costituzionale italiana più risalente ha ravvisato il fondamento più autentico dell'autonomia universitaria nella libertà di scienza quale «valore che non può non contrassegnare al massimo livello l'attività delle istituzioni di alta cultura»¹⁸.

Il riconoscimento di tale principio, benché fosse inteso secondo un significato più debole rispetto ad altri sistemi europei di istruzione superiore, avrebbe potuto avere una portata dirompente sui tradizionali elementi caratterizzanti, storicamente, il sistema francese di istruzione superiore ovvero *l'uniformisation, l'égalitarisme e le centralisme*. Una qualità essenziale dell'autonomia universitaria garantita dal dettato costituzionale, in effetti, è generalmente riconosciuta dalla scienza giuridica, oltre che nell'autogoverno, nel potere di delineare differenti soluzioni organizzative per il proprio funzionamento interno, attraverso l'esercizio della potestà statutaria affidata alle Università.

In effetti sia la *loi Savary* del 1984 sia la legge sulle libertà e responsabilità delle Università, la *loi Pécresse* del 10 agosto 2007 consacravano il principio dell'autogoverno nel senso che il governo delle Università doveva essere affidato a consigli elettivi in cui fossero rappresentate le differenti categorie di docenti, il personale amministrativo e gli utenti; al tempo stesso sancivano il principio della pluridisciplinarietà e dell'autonomia degli Atenei.

A sua volta l'affermazione effettiva dell'autonomia era costretta inevitabilmente a cercare un punto di equilibrio con la crescente necessità di sottoporre a valutazione anche l'attività scientifica svolta all'interno delle università, oltre che quella dei centri di ricerca, con l'istituzione dell'*Agence d'évaluation de la recherche et de l'enseignement supérieur*, contemplata dalla *Loi pour la recherche* del 2006¹⁹. La necessità di sottoporre a valutazione i risultati dell'attività di ricerca scientifica muoveva dal condivisibile intento di combattere l'autoreferenzialità, ovvero la pretesa dei docenti universitari di ga-

¹⁷ Si pensi al significato limitato che assume il riconoscimento costituzionale dell'autonomia scolastica, all'art. 117, comma 3, della Cost. su cui si v. M. Renna, *L'autonomia incompiuta delle istituzioni scolastiche*, in *Ist. Fed.*, 2005, 369 ss.

¹⁸ Si v. Corte cost., sent. n. 1017 del 1988.

¹⁹ Tale Agenzia dovrebbe essere sostituita, a seguito della proposta del Rapport «Re-fonder l'Université dynamiser la recherche. Mieux coopérer pour réussir», contenente le Conclusions des Assises 2012 de l'enseignement supérieur et de la recherche, sottoposto al Primo Ministro J.-M. Ayrault il 14 gennaio 2013, da un'autorità amministrativa indipendente, ovvero l'Autorité de l'Evaluation des Universités de la Recherche et des Etablissements.

rantire con la più assoluta discrezionalità e insindacabilità la qualità della propria attività scientifica; tale finalità doveva accompagnarsi, tuttavia, col preservarli da un condizionamento eccessivo della loro libertà di ricerca, che, se obbligata a conformarsi a rigidi *standard* preventivi, poteva subire una compressione ingiustificata.

Il modello di valutazione adottato dall'*Agence* è fondato, principalmente, sulla *anonymous peer-review*, applicata secondo procedure improntate al principio di trasparenza. La definizione dei protocolli di valutazione è affidata dalla legge, sulla base delle migliori pratiche internazionali, all'osservanza di criteri oggettivi, sia pur differenziati sulla base della specificità di ciascun ente. Le relative procedure, inoltre, devono svolgersi in conformità al principio di contraddittorio e garantire la più estesa trasparenza e pubblicità²⁰.

La valutazione effettuata dall'*Agence*, tuttavia, è priva di qualsiasi potere sanzionatorio: i suoi lavori, infatti, si concludono unicamente con la trasmissione al Governo di un rapporto annuale, da inviare al Parlamento e all'*Haut Conseil de la science et de la technologie* (artt. L. 114-3-7 *Code de la recherche*).

La rinascita effettiva delle università francesi – attraverso quella che fu definita, con efficacia, la *longue marche* delle università francesi – scaturì tuttavia, più specificamente, a partire dal 1988, dalla transizione ad un controllo politico del Ministero non più incentrato sulle Facoltà ma sulle istituzioni universitarie nel loro complesso attraverso una regolazione improntata alla formulazione di indirizzi più che alla gestione diretta.

In realtà la crescita di autonomia delle università conseguente alla loro rinascita non mise mai tali istituzioni in condizioni di rinnovarsi effettivamente al loro interno poiché il sistema francese di istruzione superiore, probabilmente per sua tradizione storica, continua a richiedere un'intensa regolazione pubblica, sia pur in forme assai differenti dal passato. È emblematico, sotto questo profilo, che il recente Report «*Refonder l'Université dynamiser la recherche. Mieux coopérer pour réussir*» del 14 gennaio 2013 ribadisca la *fonction de pilotage stratégique de l'État* anche nella futura *governance* degli Atenei francesi.

In questa direzione un ruolo determinante fu esercitato dal sistema dei *Contrat de Plan État-Région*, introdotti dalla legge *Savary* del 1984, relativi alla programmazione ed al finanziamento dei progetti più qualificanti per il territorio in cui furono ricomprese le strategie relative all'istruzione superiore e alla ricerca.

²⁰ Si v. artt. 114-1 e 114-1-1 *Code de la recherche*; art. 6, comma 1, decreto n. 2006-1334 del 3 novembre 2006 sull'organizzazione ed il funzionamento dell'*Agence*.

gli atenei francesi alla ricerca di una nuova identità

Sul sistema dei contratti fu innestato, per la prima volta, un meccanismo di finanziamento dell'istruzione superiore non più fondato su finanziamenti fissi alle strutture ma improntato a una logica di valutazione *ex post* dei rendimenti delle università basato su parametri oggettivi. A tali finanziamenti pubblici devono aggiungersi anche quelli dei soggetti privati e quelli derivanti dalle tasse obbligatorie delle imprese investite in formazione (la *taxe d'apprentissage*).

Entrambi i meccanismi di finanziamento privilegiano necessariamente le istituzioni di istruzione superiore a carattere tecnico-scientifico per la loro maggiore capacità di rapportarsi con il sistema economico e di attrarre finanziamenti privati. Ne è conseguita una maggiore debolezza delle istituzioni universitarie deputate ad una formazione culturale di carattere umanistico, ritenuta non in grado di soddisfare la nuova domanda di istruzione espressa dalla società e dal mercato e gli interessi economici a questa sottesi.

All'innovazione del sistema di finanziamento seguì, con la legge sulla ricerca del 2006, il tentativo di superare l'organizzazione duale del sistema d'istruzione favorendo la convergenza di università e *grandes écoles* in grandi *Pôles de Recherches et d'Enseignement Supérieur* che dovrebbero divenire, per la loro significativa dimensione, collettori di finanziamenti ed eccellenze internazionali. Tale accorpamento è stato incentivato, di recente, dall'Operazione Campus che ha previsto un investimento di 5 miliardi di euro da erogare in cinque anni per migliorare la competitività ed il *ranking* internazionale degli Atenei francesi e ne ha ottenuto l'aggregazione per oltre il 60% complessivo.

L'introduzione del sistema dei *contrat* favorì peraltro, nelle regioni economicamente sviluppate, il riconoscimento nelle università di soggetti interlocutori privilegiati delle imprese e privati come istituzioni in grado di favorire lo sviluppo economico. L'ingresso delle regioni nell'istruzione, inoltre, mutò solo in misura minima la relazione bilaterale e gerarchica fra Ministero e Università secondo una direzione policentrica che produsse comunque, anch'essa, un rafforzamento delle Università come soggetti interlocutori del potere politico.

Le nuove responsabilità riconosciute alle collettività territoriali, infatti, non hanno messo in discussione la competenza generale dello Stato sull'insegnamento superiore e la ricerca, imperniata su cinque ambiti principali: *l'innovation, la diffusion de la culture scientifique et technique, l'appui à un service public d'information et d'orientation tout au long de la vie, les formations en alternance et l'appui au logement étudiant*²¹.

²¹ Si v. le Raport *Réfonder l'Université dynamiser la recherche. Mieux Coopérer pour russir* del 14 gennaio 2013.

Un livello territoriale ulteriore introdotto nel sistema d'istruzione superiore, infine, fu quello delle *Circoscriptions Académiques* guidate dai rispettivi *Récteur*, che costituirono 16 unità amministrative di collegamento fra il Ministero ed il territorio sui temi dell'istruzione superiore.

3. I riflessi del mutamento di funzione sulla governance istituzionale e organizzativa. L'assetto della governance sub-istituzionale

La riforma della *governance* delle università francesi del 2007 è discesa, anzitutto, dalla necessità di assolvere in modo adeguato la nuova funzione assegnata all'istruzione superiore, ovvero quella di offrire una formazione adatta alle richieste della società e del mercato. Per svolgere questo nuovo compito, infatti, le istituzioni d'istruzione superiore dovranno agire sempre più in competizione le une con le altre per ottenere dai poteri pubblici e dai soggetti privati le risorse aggiuntive necessarie; sono tenute, quindi, a dotarsi di una *governance* adeguata ad uno svolgimento efficiente dei propri processi decisionali.

Si ritiene, in effetti, che tale accresciuta competizione richieda e giustifichi una *leadership* forte e monocratica in grado di rappresentare e far valere gli interessi dell'istituzione verso il potere pubblico ed il mercato. Tale *governance*, inoltre, rispecchia necessariamente le relazioni che intercorrono fra potere pubblico ed atenei ovvero è influenzata, come già premesso, dal governo più complessivo dell'istruzione superiore.

Il tratto più marcato della *governance* riformata delle università francesi è rappresentato dal crescente rilievo acquisito dal *Président* e dalla sua *équipe* (il *bureau*) e dall'influenza da questo esercitata principalmente sul *Conseil d'administration*, l'altro organo strategico degli Atenei francesi. Eletto a maggioranza dai membri non nominati del *Conseil d'administration* con un mandato quadriennale rinnovabile una sola volta, il *Président* – un accademico non necessariamente interno all'Ateneo – presiede i principali organi istituzionali dell'Ateneo, il *Conseil Scientifique* e il *Conseil des Études et de la Vie Universitaire*. Oltre a nominare i membri esterni del *Conseil d'Administration*, che presiede, a prepararne ed eseguirne le delibere, il *Président* rappresenta l'Università all'esterno e stipula i relativi accordi e convenzioni; esercita, infine, un'autorità su tutto il personale accademico nel rispetto della disciplina nazionale.

Ne è scaturito un assetto di *governance* divenuto sostanzialmente di carattere presidenziale e influenzato in modo significativo dalla personalità del *Président* che incide fortemente sui processi di governo delle università.

gli atenei francesi alla ricerca di una nuova identità

Questo assetto prefigurava già, quanto al ruolo del Rettore, tutte le caratteristiche che sarebbero state accentuate, nel nostro Paese, dalla l. n. 240 del 2010, sulla base di tendenze di fatto già presenti negli Statuti di molti Atenei: una forte concentrazione di poteri nella persona del Rettore, una commistione fra competenze gestionali e di indirizzo, la sua centralità di fatto nell'assetto di governo degli atenei ed, infine, la sua capacità di condizionare le decisioni degli organi collegiali con l'esercizio di poteri gestionali²².

Nelle università francesi, inoltre, il *bureau* del *Président* costituisce un'*équipe* di direzione attorno a cui si istituisce una struttura intermedia fra l'organo monocratico e il Consiglio di amministrazione (lo stesso avviene in Spagna con la *Junta de Gobierno* e in Germania con il *Presidium*).

Il rafforzamento dell'organo monocratico si accresce anche attraverso la stretta interazione intessuta con l'organo collegiale a cui è affidato il compito di stabilire le linee strategiche dell'Ateneo, ovvero il *Conseil d'Administration* (in Spagna *Consejo de Gobierno*); la relazione con quest'organo rappresenta, per il *Président*, una fonte di legittimazione e di rafforzamento del proprio potere e di facilitazione della propria azione.

All'interno di questo, inoltre, è accresciuta la percentuale di membri esterni all'Ateneo che la *Loi sur la responsabilité des Universités* del 2007 porta a 7-8, di cui un terzo in rappresentanza delle collettività territoriali, su una composizione complessiva che varia da un minimo di 20 ad un massimo di 30 membri. La finalità dell'introduzione di componenti esterni è quella di ridurre l'autoreferenzialità della componente accademica interna bilanciandone la legittimazione rappresentativa con un'altra dotata di una legittimazione ulteriore, fondata sulla professionalità e l'indipendenza del titolare della carica²³.

La presenza di tale componente è ritenuta necessaria al fine di favorire l'assolvimento delle funzioni relative all'allocatione selettiva di risorse finanziarie fra le diverse componenti e strutture dell'Ateneo.

Si intendeva, inoltre, arricchire l'organo esecutivo dell'Ateneo di competenze manageriali e professionali adeguate ad assolvere le nuove funzioni attribuite alle Università. Tuttavia le ricerche effettuate sul campo evidenziano che l'influenza dei membri esterni risulta, di fatto, ben poco rilevante sul funzionamento effettivo dell'organo e sulle sue dinamiche decisionali.

L'operato del *Président* rappresenta lo snodo più rilevante fra le istanze

²² Si v. ancora F. Merloni, cit.

²³ Si v., in tal senso, S. Battini, cit., 377.

interne alle Università e i poteri pubblici centrali il cui tramite è costituito dai contratti quadriennali.

Per un versante, infatti, la stipulazione di questi contratti richiede l'elaborazione e la presentazione di piani d'ateneo la cui organizzazione spetta al *Président* e che costituiscono lo strumento per esercitare un potere d'influenza sui rappresentanti dei poteri disciplinari. La loro redazione rappresenta, al tempo stesso, un mezzo per acquisire consenso e legittimare, attraverso di esso, il ruolo del *Président* ma anche una barriera rispetto al libero dispiegarsi delle richieste dei rappresentanti accademici dei poteri disciplinari. Per altro versante l'equiparazione fra il mandato del *Président* e la durata dei contratti li configura sempre più come un suo programma politico e strategico in grado di definire le priorità dell'istituzione dinnanzi al potere politico.

Al rafforzamento dell'organo monocratico corrisponde inoltre, secondo una tendenza, peraltro, comune a numerosi sistemi di istruzione dell'Europa continentale, un depotenziamento dell'organo collegiale rappresentativo della comunità scientifica ovvero il *Conseil Scientifique*. Tale organo assume una funzione meramente consultiva del *Président* per quanto attiene ai temi di ricerca e didattica ed è deputato ad esprimere pareri sulla scelta della Commissione responsabile per le chiamate dei docenti.

Tale evoluzione costituisce, per un versante, uno dei molteplici effetti della posizione che svaluta gli organi collegiali rappresentativi sedi di mediazione fra interessi differenti, poiché li considera, in quanto tali, una fonte di inefficienza nel funzionamento delle istituzioni²⁴. Senza dubbio, inoltre, questo profilo della riforma della *governance* degli Atenei evidenzia una significativa transizione della sede di esercizio del potere accademico dai referenti dei settori disciplinari all'istituzione nel suo complesso.

L'accentramento dei poteri che caratterizza la *governance* istituzionale degli Atenei si riflette anche sulle strutture periferiche che restano articolate su base macro-disciplinare in *Unité de Formation et de Recherche* sotto la guida del *Directeur*, eletto per cinque anni e rieleggibile per un'unica volta, e del *Conseil*, composto da rappresentanti del personale accademico e non, da studenti e da istanze esterne alle Facoltà. Le *Unité de Formation* – che si suddividono a loro volta in articolazioni minori, i *Département de Formation*, corrispondenti ad ambiti disciplinari più ristretti – preservano competenze limitate unicamente alla programmazione didattica. Inoltre, se l'articolazione della *governance* sub-istituzionale degli Atenei preserva la stessa articolazione,

²⁴ Per l'illustrazione di tale posizione si v. F. Merloni, *Il rettore*, cit., 706.

gli atenei francesi alla ricerca di una nuova identità

si assiste ad una riconduzione al *Conseil d'Administration* di tutti i poteri concernenti la loro istituzione, sentito il *Conseil Scientifique*.

L'accentramento si riflette anche sul versante finanziario, laddove il bilancio delle *Unité de Formation* deve essere integrato con quello d'Ateneo ed approvato dal *Conseil d'Administration*.

4. Il mutamento di funzione delle università e i suoi riflessi sulla nuova *governance* degli atenei francesi

Uno dei principali effetti del mutamento di funzione delle università francesi su cui interrogarsi è l'accentuarsi del divario prodotto fra università tecniche-scientifiche e quelle relative alle scienze umanistiche e sociali. Le prime, anzitutto, in quanto maggiormente in grado di stabilire relazioni con i soggetti economici, soprattutto nell'ambito della ricerca tecnico-scientifica applicata, sono in grado di acquisire risorse aggiuntive per finanziare la propria attività di ricerca.

Uno dei fondamentali strumenti di cooperazione fra università ed imprese attivato soprattutto dai percorsi formativi superiori tecnico-scientifici è la stipulazione di *Conventions industrielles de formation pour la recherche* che aggregano attorno ad un progetto di ricerca ben definito un'impresa, un dottorando e un laboratorio di ricerca applicata. Le imprese assumono il dottorando a tempo determinato, lo retribuiscono e ricevono dal Ministero un supporto finanziario corrispondente alla metà della retribuzione versata dall'impresa. La stipulazione di queste convenzioni permette una valorizzazione professionale del percorso di Dottorato che si rivela comunque preziosa anche nel caso di proseguimento dell'attività professionale nell'ambito della ricerca universitaria ma offre, nel contempo, la possibilità al dottorando di fruire di uno sbocco professionale alternativo.

All'interno delle Università tecniche, inoltre, vi sono una pluralità di laboratori, di parchi tecnologici e di strutture a cui è affidato un compito ben definito nell'ambito dell'attività di ricerca e che, nel complesso, sono in grado di attivare e di mantenere un'interazione intensa e stabile con la società e il tessuto produttivo del territorio.

Le università tecniche, inoltre, appaiono più in grado di assolvere la nuova funzione assegnata agli Atenei ovvero la formazione di competenze professionali richieste dal tessuto produttivo e industriale; i loro prodotti di ricerca si prestano maggiormente ad essere valutati sulla base di parametri oggettivi riconosciuti in sede europea ed internazionale; le loro *Unité de formation et de recherche* tecniche risultano generalmente, quindi, destinatarie

preferenziali della percentuale di risorse pubbliche aggiuntive distribuite sulla base della valutazione dei rendimenti dell'attività di ricerca.

L'attuale trasformazione delle funzioni assegnate all'istruzione superiore rispetto alla società presenta, tuttavia, anche profili problematici. L'accentuazione della nuova funzione assegnata alle Università, ovvero quella di rispondere in modo adeguato alle esigenze formative del tessuto produttivo, rischia di offuscare le funzioni ad esse tradizionalmente assegnate nel modello *Humboldtiano*, ovvero quelle di una stretta integrazione fra insegnamento e ricerca²⁵. Tali funzioni, in realtà, dovrebbero essere preservate e coesistere con le nuove (in tal senso si allude ad una «terza missione» delle università): la nuova sfida che attende gli Atenei, infatti, è quella di individuare il giusto equilibrio fra i compiti richiesti dalla sfera economica di applicazione della ricerca scientifica alla realtà produttiva e quelli della creazione e diffusione della cultura scientifica.

In verità non vi è un'effettiva contraddizione fra la terza missione dell'Università e quelle tradizionali se, come scrisse Sabino Cassese, anche nel modello di *Humboldt*, «lo Stato non deve esigere dalle Università nulla che si riferisca ad esso in modo diretto ed immediato, ma nutrire il convincimento che, quando esse conseguono il loro fine ultimo, adempiono anche i suoi scopi»²⁶.

La trasformazione istituzionale del sistema, inoltre, non è stata accompagnata, in Francia, da una riflessione sul ruolo dell'insegnamento superiore all'interno della nuova *governance* istituzionale delle università; tale riflessione, viceversa, sarebbe necessaria per comprendere il nuovo equilibrio fra la garanzia riconosciuta all'autonomia di ricerca e di libertà scientifica e l'obbligata sottoposizione dei prodotti dell'attività di ricerca ad una valutazione ispirata a parametri oggettivi. La tendenza a far discendere la valutazione dell'attività scientifica dall'applicazione di parametri oggettivi, in effetti, può produrre certamente il rischio di spostare la sede effettiva di valutazione dalle sedi rappresentative a quelle tecniche con una conseguente compressione dell'autonomia della ricerca e di libertà scientifica. D'altro canto tuttavia, com'è stato acutamente rilevato, l'enfasi eccessiva posta sul profilo negativo della libertà di ricerca, ovvero la sua garanzia nei confronti di ingerenze esterne, politiche e tecniche, può produrre il rischio che «la libertà della scienza comprenda in sé anche la libertà di non effettuare ricerche, diversamente da quanto è assodato per altre libertà costituzionali» o

²⁵ Si v., su tale modello, W. Von Humboldt, *Università e unità*, Napoli, Guida, 1970.

²⁶ Si v. S. Cassese, *L'Università e le istituzioni autonome*, cit., 760.

gli atenei francesi alla ricerca di una nuova identità

quella dell'assoluta autoreferenzialità della valutazione da parte della componente accademica²⁷.

Il formale riconoscimento di autonomia alle università francesi, da parte de *Loi Pécresse* del 2007, si è accompagnato, di fatto, ad una compressione significativa dei profili riservati a quest'ambito ad opera di una regolazione molto analitica, da parte del legislatore nazionale, della forma di governo degli Atenei; da questo sono predeterminati gli organi necessari, sono elencate le competenze del *Président* e la durata del suo mandato, sono definite in modo analitico la composizione e le competenze del *Conseil d'administration* ed è sostanzialmente fissato il numero dei componenti esterni; sono individuate, infine, la composizione e le competenze del *Conseil Scientifique*.

Il legislatore nazionale, dunque, non si limita a fissare limiti esterni all'esercizio del potere degli Atenei diretto a definirne la *governance* ma ne condiziona in modo significativo il contenuto. Tale evoluzione è tale da far dubitare circa l'effettivo rispetto, da parte del legislatore, del nucleo indefettibile riconosciuto all'autonomia, vale a dire quello dell'autogoverno delle Università pur formalmente affermato che, pertanto, assume un significato molto più apparente che sostanziale.

L'effettivo significato che assume, per il legislatore francese, il riconoscimento di autonomia è quello, principalmente, di porre le condizioni per realizzare la terza missione assegnata alle università, ovvero l'applicazione delle nuove conoscenze maturate attraverso la ricerca alle attività produttive. Al tempo stesso tale riconoscimento appare la premessa per consentire agli Atenei di federarsi con altri per elevare il loro grado di visibilità sul piano internazionale²⁸.

A tale riconoscimento dovrebbe conseguire un mutamento di qualità ma non di intensità della regolazione pubblica che avrà il suo baricentro, principalmente, sul sistema dei *Contract de Plan* introdotto dalla legge *Savary* del 1984 attraverso una valutazione *ex post* dei risultati conseguiti dagli Atenei.

L'autonomia riconosciuta agli Atenei francesi, tuttavia, è ben lungi da assumere il significato acquisito in altri sistemi europei di istruzione superiore e non è certo tale da minare in profondità i tratti egalitari che hanno sempre caratterizzato il sistema universitario francese.

Benché sia sempre più diffusa, nella classe politica francese, la convin-

²⁷ Si v., in tal senso, G. della Cananea, *Interpretazioni della Costituzione e valutazioni della ricerca: interrogativi ed ipotesi*, in *Munus*, n. 3, 2011, 636.

²⁸ Si v. il *Rapport 2011 del Comité de suivi de la loi LRU*, 9.

zione dell'«*irréversibilité du mouvement d'autonomie des universités*»²⁹ e nonostante la *longue marche* delle università francesi in tale direzione la sua effettiva attuazione, tuttavia, risulta ancora molto debole rispetto ai sistemi di istruzione superiore degli altri Paesi europei. La Francia risente ancora, invero, dell'assetto centralista e uniforme che aveva caratterizzato l'Università imperiale³⁰.

La trasformazione della *governance* istituzionale degli Atenei come risposta alle nuove funzioni assegnate alle Università, infine, trasferisce tendenzialmente la sede del potere accademico effettivo dalle corporazioni accademiche all'istituzione nel suo complesso. Tale transizione si scontra con la tradizionale tendenza del personale accademico a sentirsi più parte del proprio settore disciplinare che dell'istituzione universitaria rivolta alla comunità degli utenti del servizio.

In tal senso può giovare rifarsi alla tradizione delle università tecniche, dotate tendenzialmente di una più forte identità istituzionale, i cui accademici possiedono quindi, generalmente, una propensione assai maggiore ad identificarsi con la propria istituzione universitaria piuttosto che con il settore disciplinare di appartenenza.

Infine, benché i tratti del sistema francese di istruzione superiore, quanto all'acquisizione di una nuova missione e di una riforma della *governance* degli Atenei diretta a favorirne il conseguimento, convergono in modo significativo con le riforme di altri sistemi europei, quali, ad esempio, quello spagnolo ed italiano, non si può dire che ci si trovi dinnanzi ad un modello unico a livello europeo. Il sistema francese, infatti, preserva comunque una sua innegabile specificità legata alla sua storia che lo rende un modello «*distinct, spécifique, national*»³¹.

Abstract

The aim of this essay is to describe the path accomplished by French universities from the Napoleon period, characterized by Imperial Universities, to the Loi sur les libertés et responsabilités des Universités of 2007. As a consequence of this evolution, French universities have become protagonists of the higher level of education, insulated

²⁹ Si v. il *Rapport 2011*, cit., 5.

³⁰ In tal senso si v. A. Sandulli, *La rappresentanza dei saperi e delle discipline: il Consiglio universitario nazionale e la teoria del doppio centro*, in *Munus*, n. 3 del 2011.

³¹ Si v. C. Musselin, *La longue marche*, cit., 195.

gli atenei francesi alla ricerca di una nuova identità

from political power and they have implemented governance skills in order to meet the new needs of education within Society. Hereby the variation of governance implemented on French universities, in order to perform the current mission – such as the offer of a cultural and professional education targeted on the requests of the employment system and able to favor competitiveness in the Market – is questioned. The French governance model experiences, in addition to a growth of Universities independence from political power, the establishment of a substantially presidential structure, strongly influenced by the role of the Président – the Italian “Rettore” – who significantly affects universities governance processes. This model partly emulates the current trends throughout Europe, characterized by a significant concentration of powers on the Dean, provided with a combination of management and policy functions, a central role in the governance balance within University and the ascendancy on collegial bodies decisions, due to his management powers. Nonetheless, the increasing independence of Universities, has never allowed these institutions to actually renovate themselves internally, since the French higher education system, probably due to historical tradition, still requires an intense public regulation and maintains a specificity highly related to its past history.

RECENSIONI

MARCO OLIVI

GIULIANO FONDERICO, *IL COMUNE REGOLATORE.
LE PRIVATIVE E I DIRITTI ESCLUSIVI
NEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI*

(Jura. Temi e problemi del diritto, n. 27, ETS, Pisa, 2012, pp. 314)

1. Il diritto comunitario (soprattutto la giurisprudenza della Corte di Giustizia) offre all'interprete (in prima battuta allo studioso, nell'elaborazione di modelli di ricostruzione degli istituti) anche l'occasione per un ripensamento del modo stesso di affrontare il tema dei servizi pubblici locali.

Può sintetizzarsi così l'approccio alla materia nello studio di Giuliano Fonderico.

In particolare, l'applicazione del principio di proporzionalità fa scricchiolare ogni ricostruzione del regime dei servizi pubblici che pone come *focus* l'organizzazione del servizio, tale da porre in un cono d'ombra il regime dell'attività.

Questa, che rappresenta l'impostazione tradizionale, si giustificava in un contesto di "privativa", visto che, in tal caso, è l'organizzazione del servizio a conformare l'attività senza che vi sia né spazio né utilità di regole distinte dirette a disciplinare il tipo di attività per sé considerata.

Ma, non appena la riserva viene posta in discussione, non tanto perché le norme la escludano in assoluto, quanto perché deve essere giustificata da ragioni di interesse generale e proporzionata rispetto agli scopi perseguiti, l'organizzazione del servizio perde centralità e con essa i temi più ampiamente discussi, vale a dire i modi di svolgimento del servizio, se in *house*, se mediante affidamento e con quali procedure.

Assecondando questa tradizionale prospettiva anche il principio della libertà di concorrenza è limitato, perché è enfatizzato il solo versante della concorrenza per il mercato, cioè della concorrenza tra imprese per diventare monopoliste, mentre ne deriva l'esclusione di ogni forma di concorrenza nel mercato, cioè della libertà delle imprese di entrare nel mercato.

Ora invece bisogna preliminarmente chiedersi se gli strumenti (ragioni finanziarie, sanitarie, poteri di polizia, poteri di disciplina dell'accesso ai suoli per la realizzazione delle infrastrutture necessarie allo svolgimento del ser-

vizio) siano utilizzati in modo adeguato rispetto allo scopo e se sia giustificato l'effetto (che eventualmente si produce anche se non programmato) di costituire "diritti speciali ed esclusivi".

In caso contrario, secondo un'indagine svolta caso per caso, si deve consentire che l'attività sia svolta in regime di concorrenza, oppure, ferma l'assunzione del servizio pubblico, vi deve essere spazio per altri imprenditori che intendono svolgere la stessa attività non in regime di servizio pubblico.

Ma ciò comporta la necessità di una nuova impostazione dove il regime dell'attività è distinto dal regime dell'organizzazione del servizio.

Quindi, il punto di partenza dell'indagine consiste nella ricerca delle ragioni che hanno portato ad una sintesi del regime del servizio pubblico, in cui la disciplina dell'organizzazione ha assorbito la disciplina dell'attività, e con essa delle ragioni che hanno giustificato fino all'attualità il regime di riserva.

La prospettiva dello studio è di avviare per il futuro un percorso inverso fondato sulla scomposizione dei singoli elementi con il risultato di una più compiuta liberalizzazione.

2. Il libro è strutturato in tre parti precedute dall'introduzione.

La prima parte della ricerca è condotta sulla nascita dei monopoli comunali.

La ricostruzione della vicenda dimostra che i monopoli si affermano in assenza di norme di riserva, anzi nonostante il principio della "libertà dell'industria" già presente negli stati preunitari per influenza dell'ordinamento francese.

Quindi, in generale, non nascono per disposizione di legge, ma per l'interferenza di determinate attività con i poteri pubblici.

Ciò avviene per i trasporti funebri e per i macelli mediante i poteri di autorizzazione in materia igienico-sanitaria; per i mercati e per il trasporto omnibus mediante i poteri di polizia urbana; per i servizi che sono svolti mediante infrastrutture (per es. condutture dell'acqua, del gas, le linee del tram) mediante la proprietà e i poteri di regolazione dell'uso di suoli pubblici.

In estrema sintesi, ma la vicenda è molto più articolata e documentata, l'uso di questi poteri consente ai comuni di conformare l'attività imprenditoriale fino a regolare il contenuto del servizio, assicurando, come corrispettivo, la protezione dalla concorrenza di altre imprese.

Quando interviene la Legge Giolitti il monopolio è diffuso come un

dato di fatto per molti servizi pubblici locali ed il dibattito si concentra essenzialmente sul soggetto più idoneo ad esercitarlo.

Sempre nella prima parte del libro, lo sguardo è rivolto con metodo comparato ad altri due ordinamenti: all'ordinamento francese, perché più vicino al nostro e all'ordinamento statunitense perché più lontano.

Anche in questi ordinamenti il percorso che conduce al monopolio dei più importanti servizi pubblici locali appare simile.

In conclusione la storia impone un modello, e con esso un'impostazione degli studi e della normazione, ove la disciplina dell'organizzazione assorbe completamente la regolazione di attività, togliendo, per così dire, la possibilità di immaginare attività materialmente simili almeno idealmente esercitabili da altre imprese non conformate dal medesimo programma.

Traspare inoltre, soprattutto dal silenzio della giurisprudenza, una sostanziale pacifica accettazione di tale stato di cose.

In altre parole si dà per scontato che determinate attività non possano che essere governate come servizio pubblico ed in modo monopolistico.

A questo proposito sarebbe forse interessante una comparazione con l'ordinamento della Germania (ove, si potrebbe dire per principio, era accolta la pertinenza del servizio pubblico al potere pubblico), correlata all'influenza della dottrina amministrativistica tedesca sulla dottrina italiana.

3. La seconda parte dello studio affronta i processi di statizzazione di alcuni servizi pubblici e l'influenza dei processi di decentramento amministrativo sul regime giuridico delle attività di servizio locale.

Si tratta di una fase che fa emergere, accanto al monopolio, un'altra fondamentale caratteristica dell'organizzazione del servizio: i beni e il personale dell'ufficio di servizio pubblico locale sono trasferiti, a parità di regime giuridico, in ogni passaggio dell'impresa: dai comuni ai privati e viceversa, e da privati a privati.

Quindi il regime di concorrenza è limitato non solo perché è preclusa la concorrenza nel mercato, ma la stessa concorrenza per il mercato non si risolve nella scelta di un'impresa con una propria organizzazione e un proprio programma, bensì si riduce alla scelta di un manager che nei fatti è obbligato ad avvalersi di una struttura prefigurata e che non può modificare.

4. Nella terza parte si approfondisce e si spiega, secondo quanto anticipato all'inizio, il nuovo modo di guardare al tema dei servizi pubblici offerto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e si propone l'avvio di un

percorso contrario rispetto all'impostazione tradizionale: da un regime dei servizi pubblici come frutto di una sintesi di istituti diversi (uso dei beni pubblici, esercizio del servizio pubblico, esercizio della stessa attività materiale anche se non di servizio pubblico) alla loro scomposizione.

La misura del diverso modo di affrontare il tema è dimostrata, tra l'altro, dal confronto tra la giurisprudenza italiana e la giurisprudenza comunitaria.

Inoltre, secondo l'autore, la nuova impostazione può costituire lo strumento per superare l'*impasse* determinatosi a seguito del referendum e delle decisioni della Corte Costituzionale.

In linea con la nuova prospettiva sono sottolineate due circostanze: innanzitutto, le decisioni della Corte non riguardano l'attività dei privati portatori di un proprio programma produttivo; inoltre, la Corte ha espressamente escluso che il referendum incidesse su discipline vincolate dal diritto europeo, con ciò indicando che aspetti come l'analisi di proporzionalità nell'attribuzione di diritti speciali o esclusivi non fossero di per loro incompatibili con l'esito referendario.

Queste conclusioni conducono anche a tracciare, *de jure condendo*, le linee di un possibile percorso virtuoso, a differenza di quanto avvenuto finora, perché il legislatore, anche a seguito del referendum, non è riuscito a svincolarsi dalle strette imposte dall'impostazione tradizionale.

5. Qualche breve osservazione.

Va innanzitutto riconosciuta l'originalità del modello, pur nell'utilizzo di *topoi* consolidati come, ad esempio, la scomposizione degli istituti nei loro elementi di costruzione.

Va inoltre riconosciuta la sua validità come chiave di lettura della storia dei servizi pubblici, perché conferisce linearità al racconto di vicende che altrimenti sono difficilmente leggibili su un unico piano, in quanto presentano sia lunghi momenti di silenzio, sia momenti di accavallamenti contraddittori, e perché ne consente la ricostruzione anche attraverso pronunce giurisprudenziali in cui il *thema decidendum* è disassato rispetto alle questioni che ora appaiono centrali.

Nel merito della contrapposizione tra "nuova impostazione" e "impostazione tradizionale" si può sollevare un dubbio sulla tesi (chiedendo scusa per riassumerla con eccessiva semplificazione) secondo la quale l'attuale assetto monopolistico dipende oggi dalla prospettiva tradizionale con cui si è guardato al tema dei servizi pubblici, «frutto di un processo inintenzionale di combinazione di istituti».

Invero il fenomeno potrebbe essere letto in termini rovesciati.

Si potrebbe sospettare che il mantenimento della prospettiva tradizionale sia piuttosto la conseguenza di un assetto monopolistico che, a parte le origini, è oggi sostenuto secondo intenzione perché ha i suoi vantaggi per i poteri locali e per le imprese più idonee a catturare la regolazione.

A parte i limiti della schematizzazione (entrambi gli aspetti sono probabilmente collegati in modo da essere allo stesso tempo causa ed effetto l'uno dell'altro), vi è la sensazione che questo secondo modo di vedere (pur non essendo qui documentato a differenza della tesi sostenuta dall'autore) non si possa escludere.

Su questa linea (peraltro non necessariamente antitetica alla tesi del libro) ci si potrebbe chiedere in che misura il regime dell'organizzazione ha assorbito il regime dell'attività.

Si può in proposito osservare che proprio la necessità di salvaguardare quantomeno la concorrenza per il mercato ha condotto ad una stratificazione ed una stabilità dei criteri per l'assegnazione delle concessioni, i quali, per essere trasparenti e non discriminatori, devono oggettivare (anche) le regole dell'attività.

Sarebbe allora interessante verificare la possibilità di enucleare dette regole distinguendole dalle regole di organizzazione del servizio in cui sono giocoforza inserite ed in esito a ciò verificare se per questa via la giurisprudenza disponga di maggiori strumenti sul percorso delle liberalizzazioni e della concorrenza.

Ma questa (per parafrasare un personaggio di Billy Wilder) non è tutta un'altra storia, è solo un'altra possibile apertura della linea di ricerca tracciata da Fonderico.

FEDERICO CAPORALE

EMANUELE BOSCOLO, *LE POLITICHE IDRICHE
NELLA STAGIONE DELLA SCARSITÀ.
LA RISORSA COMUNE TRA DEMANIALITÀ CUSTODIALE,
PIANIFICAZIONI E CONCESSIONI*

(Università degli Studi dell'Insubria,
Facoltà di giurisprudenza, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 538)

A partire dalla seconda metà del XX secolo, la disciplina delle acque è profondamente cambiata: l'affermarsi di sensibilità nuove, di un nuovo «ordine valoriale» (p. XV), ha determinato la «sperimentazione di nuovi schemi amministrativi» (p. 512) e la «riconformazione di strumenti» già noti (p. 526).

Le linee forti del pensiero dell'autore sono già nel titolo: la *stagione della scarsità* è il contesto delle *politiche idriche* della modernità; muovendo dalla consapevolezza della esauribilità della risorsa acqua nasce l'esigenza di una gestione sostenibile ed equa a beneficio delle esigenze ambientali e sociali. Cambia, così, la disciplina della *demanialità* – oggi divenuta *custodiale* – delle *pianificazioni* e delle *concessioni*.

Il volume, connotato da ricchi riferimenti dottrinari, da un attento studio normativo e giurisprudenziale e dal connubio tra ricostruzione teorica degli istituti e analisi delle prassi amministrative concrete, si compone di due parti, nelle quali l'autore espone ampiamente il nuovo orizzonte di valori (pp. 4-208) e le evoluzioni normative ad esso conseguenti (pp. 211-510).

Il cambiamento è correlato all'emergere – prima a livello internazionale, poi comunitario, poi nazionale – della «nozione multidimensionale di sostenibilità» (p. 10), a sostituzione della vecchia concezione utilitaristica, se-

¹ Lo scrive con estrema chiarezza B. Nadault de Buffon, *Des canaux d'arrosage de l'Italie septentrionale dans leur rapports avec ceux du Midi de la France. Traité théorique et pratique des irrigations...*, III, Paris, Carilian-Goeury et V. Dalmont, 1844, 3-4: «C'est donc à la législation qu'il faut adresser d'abord pour voir si tous ses principes sont conformes aux intérêts actuels, s'ils ont complètement pourvu à ce qui peut faciliter l'extension des usages utiles de l'eau courante, source précieuse des principales améliorations agricoles et industrielles; ou bien, si

condo cui lasciar scorrere, inutilizzata, l'acqua nei fiumi costituiva lo spreco di un essenziale mezzo di produzione¹.

Nella nuova impostazione, che l'autore sottolinea sia rimasta parzialmente incompiuta nella pratica ed in ombra nelle ricostruzioni teoriche, sono prevalenti le funzioni di tutela ambientale e di razionalizzazione degli usi, in chiave sostenibile; l'obiettivo principale della disciplina amministrativa delle acque mira alla loro protezione e distribuzione, tenendo conto delle esigenze ambientali e dei canoni di equità sociale e territoriale.

I tre nodi chiave di questo regime giuridico speciale – la pubblicità dei beni, le pianificazioni e le concessioni – di cui si mette in evidenza la stretta interdipendenza, hanno subito modificazioni dirompenti, in forte cesura rispetto al passato.

La qualificazione giuridica delle acque ha assunto significati e scopi nuovi, mentre il rapporto concessioni-pianificazioni è stato radicalmente invertito, antepoendo le seconde, fulcro delle politiche di tutela, alle prime.

Queste dinamiche si intersecano con l'altro vettore di trasformazione: la costruzione di procedure partecipative efficaci, utili a costruire una «autentica “democrazia dell'acqua”», a superare «fuorvianti ideologismi» (p. 52 e 85-86) e ad integrare l'inadeguatezza funzionale del Codice dell'Ambiente. In quest'ottica, vengono esaminati, ben inquadrati in un «percorso di democratizzazione del governo delle risorse idriche» (p. 87), la disciplina della procedura di piano, dei contratti di fiume, delle concessioni e del servizio idrico integrato.

Il peculiare modello di azione amministrativa descritto è direttamente connesso alla specificità ontologica del bene acqua: i suoi caratteri fisici e naturalistici lo rendono eterogeneo rispetto agli altri beni e ne caratterizzano l'evoluzione, cosicché, da un lato, il diritto generale non è adeguato a regolarne gli aspetti e, dall'altro, il suo diritto speciale necessita di continui aggiornamenti e modifiche, per tenere il passo della evoluzione tecnica e dei nuovi paradigmi valoriali del governo delle acque.

Nella seconda parte del volume, l'autore si sofferma analiticamente sull'evoluzione degli istituti giuridici di cui si tratta, arricchendo l'esposizione con ampi riferimenti normativi, giurisprudenziali e dottrinari.

elle est susceptible d'admettre les modifications progressives qui, avec des sages réserves, doivent y être introduites pour répondre à des vœux légitimes, à des besoin vivement sentis». Al primo volume della medesima opera, l'autore stima che il solo utilizzo a scopo irriguo dei canali di Lombardia e Piemonte creasse annualmente un beneficio economico superiore a 37 milioni di franchi (I, Paris, Carilian-Goeury et V. Dalmont, 1843, 429).

² Per un approfondito studio del regime giuridico delle acque in età contemporanea,

Quanto alla pubblicità delle acque, prese le mosse da una sintetica ricostruzione storica², si nota come l'emergere del tema ambientale abbia imposto una riconsiderazione/ri-qualificazione del vecchio paradigma della pubblicità, orientata alla valorizzazione degli usi e, dunque, nella prassi applicativa caratterizzata da una «matrice appropriativa (e dissipativa)» (p. 269), ed uno spostamento dell'interesse degli studiosi verso il sistema di amministrazione delle acque nel suo complesso.

Ad una approfondita lettura storica, tuttavia, questa evenienza è prevedibile e coerente e non muta la qualità del dibattito giuridico attorno alle risorse idriche del secondo Ottocento. È prevedibile, perché il problema della scarsità delle acque era, allora, questione totalmente ignota; e coerente, perché la pubblica amministrazione doveva svolgere la funzione di regolatore tra usi confliggenti ed allocare le acque, intese come mezzi di produzione, nella maniera più efficiente possibile, superando lo schema precedente, perlopiù imperniato su istituti di matrice privatistica³.

Questo orizzonte concettuale e normativo è stato scardinato nel 1994, quando si sono attribuite aspettative giuridiche qualificate alle generazioni future (l. n. 36/1994). Da qui, il «ripensamento della nozione di demanio idrico», in funzione conservativa (pp. 290 ss.), culminato nell'emanazione del Codice dell'Ambiente: la proprietà pubblica delle acque non deve riproporre gli schemi concettuali della proprietà privata, ma, in ossequio alla loro natura di beni comuni, deve porre al centro della sua disciplina gli interessi collettivi e le comunità di cittadini, in linea con la acuta lezione di Giannini⁴.

Quanto alle pianificazioni, compiuta la disamina della disciplina co-

può leggersi L. Moscati, *In materia di acque. Tra diritto comune e codificazione albertina*, Roma, Fondazione Sergio Mochi Onory per la storia del diritto italiano, 1993.

³ Se si vuole, l'evoluzione del regime delle acque e la rimodulazione delle nozioni di acque private ed acque pubbliche nel secondo Ottocento sono approfondite in F. Caporale, *L'attività giuridica in materia di acque: tra inadeguatezza funzionale della legislazione e "interpretazione progressiva" della norma giuridica*, in L. Moscati (a cura di), *Dialettica tra legislatore e interprete. Dai codici francesi ai codici dell'Italia unita*, Napoli, Jovene, 2013, 33 ss.; per una chiara sintesi dell'equilibrio tra istituti di matrice privatistica e pubblicistica nella disciplina delle acque di primo Ottocento è fondamentale la lettura dei lavori di Giacomo Giovanetti, tra i quali si rinvia al più diffuso, *Du régime des eaux et particulièrement de celles qui servent aux irrigations*, Paris, Imprimerie royale, 1844, ripubblicato in traduzione italiana di Gaetano Foschini (*Del regime delle acque e particolarmente di quelle che servono alle irrigazioni*, Venezia, Tipografia della Gazzetta, 1873) ed ora in ristampa anastatica (Novara, Istituto per la Storia del Risorgimento, 1989).

⁴ M.S. Giannini, *I beni pubblici. Dispense dalle lezioni del Corso di Diritto Amministrativo tenute nell'Anno Acc. 1962-63*, Roma, Bulzoni, 1963, 47 ss.

munitaria e nazionale, l'autore si sofferma sui momenti nevralgici delle procedure di pianificazione. In particolare, vengono approfonditi, anche attraverso lo studio del piano dell'Autorità di Bacino per il fiume Po per il Distretto Idrografico Padano, di recente approvazione, gli istituti di partecipazione, dei quali l'autore denuncia i limiti ed i difetti (p. 361 ss.).

In merito alle concessioni, attraverso una ricostruzione storica ed una ricerca normativa e giurisprudenziale, l'autore evidenzia la ricollocazione funzionale delle concessioni idriche e la loro peculiarità rispetto alle omologhe figure di diritto amministrativo generale.

Esse, infatti, da istituto centrale, tanto nella ricostruzione dottrinarina che nella prassi applicativa, e da strumento di politica economica, rappresentazione icastica della natura appropriativa/dissipativa della gestione pubblica (che premiava utilizzi individuali con l'obiettivo di realizzare, indirettamente, interessi pubblici), sono divenute recessive rispetto al momento pianificatorio, incorporando così le esigenze di protezione degli interessi ambientali.

Questo particolare assetto funzionale determina profonde differenze tra il regime ordinario delle concessioni e il regime speciale relativo alle risorse idriche, che l'autore espone, in particolare, con riferimento agli istituti della rivedibilità-revocabilità, germinati proprio con lo scopo di garantire la più efficace tutela dell'ambiente⁵.

Il volume, tra i molti meriti, colpisce per alcuni aspetti nodali: l'autore, quasi seguendo l'insegnamento di Jean-Louis Gazzaniga⁶, ricostruisce il diritto delle acque guardando agli elementi socioculturali ed alle necessità pragmatiche, senza dimenticare, tuttavia, di essere, in primo luogo, un giurista, di talché lo studio di questo diritto, nell'occasione, è stato «condotto tenendo costantemente presenti, da un lato le particolarità del sistema idrici e, dall'altro l'esigenza di non isolare le soluzioni che si affacciano in questo cruciale settore dal dibattito più generale del diritto amministrativo (ma anche del diritto privato e dell'economia pubblica)» (p. 509).

E ancora, l'autore declina la nozione giuridica di beni comuni non solo nel presente, qui ed ora, ma anche nel futuro, legandola, indissolubilmente all'implementazione degli istituti di partecipazione, da un lato, e al

⁵ L'autore, con merito, coglie ed espone con cura le peculiarità di un istituto che da sempre ha suscitato l'interesse degli studiosi del diritto delle acque. Un fugace riferimento si trova, ad esempio, in B. Nadault de Buffon, *Des canaux d'arrosage*, cit., III, 141.

⁶ J.-L., Gazzaniga, *Droit de l'eau et organisation sociale*, in J.-L. Harouel (a cura di), *Histoire du droit social. Mélanges en hommage à Jean Himbert*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989, 268 ss.

perseguimento del principio di sostenibilità ed alla cura degli interessi ambientali, dall'altro.

Da ultimo, l'autore coglie la relazione feconda tra questo diritto speciale e il diritto amministrativo generale ed evidenzia come, in passato (e, si augura, in futuro), essi abbiano saputo dialogare e prendere reciprocamente a prestito le soluzioni giuridiche più acute, con l'obiettivo di costruire principi generali fortemente innovativi.

Meriti, questi, che rendono il volume un testo completo, fondamentale per comprendere le recenti evoluzioni della disciplina delle risorse idriche ed indagare i nessi esistenti tra orizzonti culturali e valoriali (interessi ambientali), ricostruzioni concettuali (la funzione della proprietà pubblica e la nozione di beni comuni), istituti giuridici e prassi applicative.

NOTIZIE SUGLI AUTORI

FEDERICO CAPORALE è dottorando di ricerca in “Universalizzazione dei sistemi giuridici: teoria, scienza, storia del diritto” presso l’Istituto Italiano di Scienze Umane - Università di Roma La Sapienza.

LINDA MICHELOTTI è assegnista di ricerca in diritto pubblico presso il Dipartimento di giurisprudenza dell’Università di Torino.

GIOVANNA MARCHIANÒ è professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di sociologia e diritto dell’economia dell’Università di Bologna.

MONICA COCCONI è professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di ingegneria industriale dell’Università di Parma.

MARCO OLIVI è professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di economia dell’Università Ca’ Foscari di Venezia.

MICOL ROVERSI MONACO è dottore di ricerca in diritto amministrativo presso l’Università di Bologna.

ALDO SANDULLI è professore ordinario di diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell’Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.

Finito di stampare nel mese di settembre 2013
dalla *Grafica elettronica* - Napoli