

## SOMMARIO DEL NUMERO 1/2014

### **Editoriale**

GIACINTO DELLA CANANEA, <i>I rapporti di complementarità tra la Corte dei conti e le istituzioni regionali e locali</i> .....	v
---	---

### **Saggi**

FRANCESCO MIDIRI, <i>Il servizio pubblico dell'istruzione universitaria nella legge di riforma</i> .....	1
MONICA COCCONI, <i>Gli incentivi alle fonti rinnovabili e i principi di proporzionalità e di tutela del legittimo affidamento</i> .....	37

### **Articoli**

FULVIO CORTESE, <i>Le infrastrutture per le città</i> .....	69
MARCO MACCHIA, <i>La Cassa Depositi e Prestiti tra i diritti e le reti di nuova generazione</i> .....	93
GIANLUCA ZARRO, <i>Il contratto di disponibilità: un nuovo modello contrattuale a sostegno dell'opportunità di equilibri congiunturali</i> .....	113

### **Commenti**

BENEDETTA VIVARELLI, <i>La natura giuridica di CONI Servizi S.p.a.: profili organizzativi, funzionali e costituzionali</i> .....	141
--	-----

NOTIZIE SUGLI AUTORI .....	165
----------------------------	-----



TABLE OF CONTENTS - NO. 1/2014

**Editorial**

GIACINTO DELLA CANANEA, *Complementarity between the Italian Court of Audit Corte dei conti and regional and local authorities*..... v

**Essays**

FRANCESCO MIDIRI, *The public service of higher education in the recent legal reform* ..... I

MONICA COCCONI, *Incentive mechanisms for renewable energy development and new legal policy criteria in the light of simplification and proportionality principles* ..... 37

**Articles**

FULVIO CORTESE, *Infrastructures for the cities* ..... 69

MARCO MACCHIA, *The Cassa Depositi e Prestiti between new generation's rights and networks* ..... 93

GIANLUCA ZARRO, *Availability contract: a new negotial model sustaining the opportunity for economic balances* ..... 113

**Comments**

BENEDETTA VIVARELLI, *The legal qualification of CONI Servizi S.p.a.: organisational, functional and constitutional aspects* ..... 141

LIST OF CONTRIBUTORS ..... 165



## **EDITORIALE**

### **I RAPPORTI DI COMPLEMENTARITÀ TRA LA CORTE DEI CONTI E LE ISTITUZIONI REGIONALI E LOCALI**

1. Un rapporto di complementarità, tra la Corte e il Parlamento è stato instaurato dal fondatore dello Stato, il conte di Cavour, nella fase di passaggio dallo Stato assoluto al regime parlamentare. Esso è stato ribadito dalla Costituzione nel 1948, che non ha previsto un analogo rapporto tra la Corte e i poteri locali, pur se l'art. 119 intestava al Parlamento una funzione di coordinamento della finanza statale con quella regionale e locale. Il rapporto di complementarità tra la Corte e le istituzioni regionali e locali è stato istituito dalle leggi fondamentali del 1994. Grazie ad esse, l'ordinamento impegna la Corte come organo di controllo esterno: è l'unica istituzione in grado di acquisire, con unitarietà di visione, informazioni sull'espletamento delle funzioni e dei servizi pubblici. La impegna, altresì, in quanto giudice nelle materie di «contabilità pubblica». Si è così realizzata la previsione espressa, all'alba della Rivoluzione francese, dall'articolo 15 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1789: «La società ha il diritto di chiedere conto della sua amministrazione ad ogni pubblico funzionario».

2. La complementarità tra la Corte e istituzioni regionali e locali si esplica in vari modi, non senza dialettica. Ciò può accadere in occasione delle determinazioni che la Corte assume in ordine ai piani di risanamento dei Comuni. Pure, la complementarità si manifesta appieno allorché la Corte offre alle istituzioni rappresentative – i consigli regionali – gli esiti dei controlli effettuati. La complementarità si manifesta, altresì, nell'esplicazione della funzione di consulenza nei confronti degli enti locali. Essa si manifesta, infine, in relazione alla giurisdizione: contrariamente al luogo comune secondo cui limiterebbe oltremodo i poteri degli amministratori pubblici, essa serve a precisare i confini entro cui quei poteri possono validamente essere esercitati. È un meccanismo di riscontro della validità dei progetti e delle misure volti a realizzare gli scopi di pubblico interesse, gestendo il de-

## giacinto della cananea

naro dei contribuenti. Quel luogo comune è smentito, quindi, nel medio e soprattutto nel lungo periodo.

3. L'indispensabile presupposto affinché la complementarità e la dialettica tra la Corte dei conti e le istituzioni politiche e amministrative si esplicino in modo corretto, ottimale, è che la Corte sia per un verso indipendente, sottratta a istanze politiche e, per un altro verso, ispiri coerentemente la propria azione al canone del buon andamento. È in relazione a questo duplice presupposto che il Consiglio di Presidenza può utilmente svolgere il ruolo che la legge e l'esperienza accumulata nei primi anni di applicazione gli riconoscono. Forte della duplice legittimazione, interna ed esterna alla Corte, esso è innanzitutto un presidio dell'indipendenza dell'istituto. Si tratta di un requisito necessario per assicurare che la Corte possa dare al Paese l'apporto che la tradizione e le esigenze attuali della società italiana esigono: un requisito necessario, ma non sufficiente. Il contributo specifico che il Consiglio di Presidenza può fornire consiste altresì nel dosare attentamente le risorse umane e finanziarie – assai scarse, purtroppo – disponibili; nell'attuare un vaglio pressante, perché fondato su informazioni ad ampio raggio, sulle modalità di organizzazione e di funzionamento degli uffici della Corte; nell'imprimere un vaglio penetrante, affinché tutte le attività dell'istituto siano orientate all'efficienza, anche attraverso il giusto riconoscimento del merito. La stessa brevità dell'orizzonte temporale – un quadriennio – entro cui il ruolo del Consiglio di Presidenza si esplica può essere vista in positivo, proprio come fattore che impone che quel vaglio costantemente si rinnovi. Vi è un ulteriore aspetto, non ultimo per importanza, in relazione al quale il ruolo del Consiglio di Presidenza assume rilievo. Esso ha, più propriamente, natura culturale. Il Consiglio di Presidenza può, deve contribuire alla formazione dei magistrati. Può altresì organizzare, in concorso con altre istituzioni, incontri di studio, seminari, altre iniziative, allo scopo di diffondere, rinnovare la cultura del controllo. Nella consapevolezza della rilevanza di questa dimensione culturale, il Consiglio di Presidenza ha già assunto le prime determinazioni, a guisa d'indirizzo. Altre seguiranno presto. L'auspicio del Consiglio è che possano realizzarsi, in grado crescente, mediante il concorso con altre istituzioni, regionali e locali.

4. Il personale auspicio, come studioso di diritto amministrativo e come cultore della comparazione giuridica, è che la Corte dei conti possa, come ha fatto la corrispondente istituzione superiore di controllo nel

## **i rapporti di complementarità**

Regno Unito, dare un apporto soprattutto al miglioramento dei criteri e delle modalità di gestione dei servizi pubblici. Nel periodo più recente, il *National Audit Office* ha svolto, in particolare, verifiche relative alla spesa del pubblico denaro per rendere servizi, anche confrontando i servizi erogati dalle istituzioni centrali e dagli enti locali. L'assunto è che, per rendere concreto il «diritto della società di chiedere conto della sua amministrazione ad ogni pubblico funzionario», le nostre istituzioni possano utilmente ispirarsi alle migliori prassi, alle esperienze più avanzate degli altri Paesi dell'Europa unita. Secondo questa visione, l'integrazione più stretta in Europa è determinante non solo per assicurare la tenuta dei conti pubblici, ma anche per promuovere l'efficienza e l'efficacia dei servizi resi alla collettività, al fine di soddisfare l'aspettativa dei cittadini a ricevere prestazioni degne di una moderna democrazia.

*Giacinto della Cananea*





FRANCESCO MIDIRI

## IL SERVIZIO PUBBLICO DELL'ISTRUZIONE UNIVERSITARIA NELLA LEGGE DI RIFORMA\*

SOMMARIO: 1. Premessa: gli obiettivi dell'analisi. – 2. Le disposizioni in materia di governance. – 3. Le disposizioni in materia di organizzazione della didattica e della ricerca. – 4. Le disposizioni in materia di valutazione. – 5. Alcune considerazioni conclusive.

### 1. Premessa: gli obiettivi dell'analisi

L'istruzione universitaria nei suoi fondamenti costituzionali scolpiti dall'art. 33 Cost. (c. 6, «Le istituzioni di alta cultura, università ed accademie, hanno il diritto di darsi ordinamenti autonomi nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato») si configura, come messo in rilievo anche in dottrina, quale servizio pubblico in senso oggettivo<sup>1</sup> che il legislatore può regolamentare come tale nel suo svolgimento mediante una disciplina che assicuri il rispetto dei principi propri dei servizi di interesse generale, nel rispetto peraltro dell'autonomia (organizzativa e funzionale) riconosciuta ai soggetti che lo gestiscono.

Infatti, la norma costituzionale, nel garantire agli atenei la possibilità di

\* Il presente scritto costituisce la versione modificata e perfezionata del contributo pubblicato nel volume di G. Piperata (a cura di), *L'università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014. Il volume è il secondo di una serie di tre volumi, prodotti nella ricerca *La conoscenza organizzata. Argomenti, sistemi giuridici e riforme nella Scuola, nell'Università, nella Ricerca* (a cura di F. Cortese, L. Degrossi, G. Piperata).

<sup>1</sup> Si consideri da ultimo C. Tubertini, *Evoluzione e prospettive della didattica universitaria*, in G. Piperata (a cura di), *L'università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, cit. La qualificazione dell'istruzione superiore come servizio pubblico oggettivo è già chiaramente descritta da U. Pototschnig, in *Insegnamento istruzione scuola*, in *Giur. cost.*, 1961, 361, che prefigura, attraverso la interpretazione dell'art. 33 della costituzione, la teoria del servizio pubblico oggettivo compiutamente espressa attraverso la interpretazione degli art. 41 e 43 Cost. ne *I Pubblici servizi*, Padova, 1964. Su tale linea interpretativa si colloca D. Sorace, *L'autonomia universitaria degli anni novanta: problemi e prospettive*, in *Dir. pubbl.*, 1996, 143.

darsi ordinamenti autonomi «nei limiti stabiliti dalle leggi»<sup>2</sup>, impone al legislatore di disciplinare l'istruzione superiore solamente attraverso principi generali relativi al servizio (che rappresentano una sorta di attuazione, in ambito universitario, delle «norme generali sull'istruzione» demandate alla Repubblica dall'art. 33 Cost.).

Questa visione, in particolare, implica: in primo luogo, che università statali e non statali risultano destinatarie della medesima regolamentazione in ordine al grado di autonomia ed alla loro *mission*; in secondo luogo, che università statali e non statali sono soggetti autonomi per la loro qualità di comunità sociali votate alla libera didattica e ricerca e non per il loro minore o maggiore collegamento con le amministrazioni statali; in terzo luogo,

<sup>2</sup> La dottrina in materia di autonomia è amplissima, per una panoramica recente e sintetica cfr. M. De Donno, *L'autonomia al centro del sistema*, in G. Piperata (a cura di), *L'università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, cit., nonché le seguenti voci enciclopediche: R. Finocchi, *Le università*, in S. Cassese, *Trattato di diritto amministrativo*, II, *Diritto amministrativo speciale*, Milano, Giuffrè, 2003, 1374 e ss.; F. Merloni, *Università*, in S. Cassese (a cura di), *Diz. dir. pubbl.*, Milano, Giuffrè, 2006, 6106; M. Dugato, G. Piperata, *Università degli Studi*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV agg., 2007, 3; W. Gasparri, *Università degli Studi*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV ediz., Torino, Utet, 2000, 610; A. D'Atena, *Un'autonomia sotto tutela ministeriale: il caso della università*, in *Giur. cost.*, 1998, 3332; O. Sepe, *Università degli Studi, I) diritto pubblico*, in *Enc. Giur.*, XXXII, Roma, 1994. Inoltre A. Corpaci, *Ambito e contenuti dell'autonomia universitaria alla luce della recente legislazione di riforma*, in *Foro It.*, 1993, V, 105; D. Sorace, *L'autonomia universitaria degli anni novanta: problemi e prospettive*, cit., 143; F. Merusi, *Legge e autonomia nelle università*, in *Dir. amm.*, 2008, 739.

Per un'analisi dei temi dell'autonomia dopo la riforma cfr. G. Palma, *L'autonomia dell'ordinamento universitario tra le ordinate della libertà della scienza (e della ricerca) e della libertà di insegnamento*; E. Carloni, *La governance delle università: l'autonomia, le riforme e i modelli*; P.G. Rinaldi, *La governance interna delle università e il principio dell'autonomia universitaria*, tutti in E. Carloni, P. Forte, C. Marzuoli, G. Vesperini (a cura di), *Il sistema universitario in trasformazione*, Napoli, ESI, 2011; E. Follieri, *Ambiti di autonomia universitaria sulle modifiche dello Statuto in attuazione della legge 30.12.2010, n. 240*, in *www.giustamm.it*; C. Bologna, G. Endrici (a cura di), *Governare le Università. Il centro del sistema*, Bologna, il Mulino, 2011; D. Fiumicelli, *La legge n. 240 del 2010: complessità del sistema delle fonti del diritto e rischi per l'autonomia universitaria*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2011, fasc. 1, 1; Ludovico A. Mazzaroli, *Il principio dell'autonomia universitaria nella Costituzione*, in M. Brollo, R. De Luca Tamajo (a cura di), *La riforma dell'Università tra legge e statuti*, Milano, Giuffrè, 2011; C. Pinelli, *Autonomia universitaria, libertà della scienza e valutazione dell'attività scientifica*, in *Rivista AIC*, 2011, fasc. 3; R. Calvano, *Problemi costituzionali della riforma dell'università di cui alla legge 240 del 2010*, in *Dir. soc.*, 2011, 765; R. Calvano, *L'autonomia universitaria stretta tra legislatore e giudici amministrativi*, in *Rivista AIC*, 2012, fasc. 4; R. Calvano, *La legge e l'Università pubblica: i principi costituzionali e il riassetto dell'Università italiana*, Napoli, Jovene, 2012; R. Calvano, *I soggetti della riforma universitaria e la costituzione, nuovi profili problematici*, in E. Picozza, A. Police (a cura di), *Competizione e governance nel sistema universitario*, Torino, Giappichelli, 2013; nonché E. Picozza, *Governance e concorrenza nell'Università, riflessioni tecniche*, ivi.

## il servizio pubblico dell'istruzione universitaria

che le comunità universitarie non statali, nella loro qualità di formazioni sociali garantite dalla costituzione, ben possono rappresentare un archetipo od un modello di figure soggettive autonome per la conformazione organizzativa e funzionale delle università statali<sup>3</sup>.

Al riguardo possono considerarsi come principi generali del servizio pubblico quelli della c.d. Carta dei Servizi del 1994<sup>4</sup>: l'eguaglianza, l'imparzialità, la continuità, il diritto di scelta, la partecipazione, l'efficienza e l'efficacia<sup>5</sup>

<sup>3</sup> Per questa ricostruzione sia consentito rinviare a F. Midiri, *L'istruzione universitaria tra servizio pubblico ed autonomia funzionale*, Torino, Giappichelli, 2004, 337 ss.

<sup>4</sup> Si fa riferimento alla Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 gennaio 1994, *Principi sull'erogazione dei servizi pubblici* (pubblicata nella G.U. 22 febbraio 1994, n. 43) successivamente recepita nell'ordinamento legislativo dall'art. 2, del D. L. 12 maggio 1995 n. 163 (convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 11 luglio 1995 n. 273) e, quindi, dal art. 11, d.lgs. 30 luglio 1999 n. 286. Sulla Carta dei servizi come strumento che introduce nell'ordinamento amministrativo principi di servizio pubblico corrispondenti ai principi introdotti dalla l. n. 241/1990 per l'attività autoritativa rimane fondamentale G. Sciuillo, *Profili della direttiva 27 gennaio 1994 (Principi sull'erogazione dei servizi pubblici)*, in *Dir. econ.*, 1996, 47. La dottrina ha chiarito che i principi contenuti nelle carte dei servizi si traducono in standard di qualità delle prestazioni in grado di qualificare in termini di diritti le pretese dell'utenza cfr. F. Gigliioni, *Le carte di pubblico servizio e il diritto alla qualità delle prestazioni dei pubblici servizi*, in *Pol. dir.*, 2003, 405. Altri interpreti hanno chiarito il valore dei principi giuridici generali derivanti dal costituzionalismo europeo come «principi idonei a disciplinare i servizi dell'amministrazione pubblica anche in assenza di specifiche norme» ovvero come regole di fondo della disciplina del servizio pubblico oggettivo in grado di guidare l'applicazione e l'interpretazione delle norme scritte; la medesima dottrina ha chiarito il contenuto sostanziale dei principi generali del servizio pubblico, cfr. R. Cavallo Perin, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 41.

La piena applicabilità dei principi della Carta dei Servizi all'attività universitaria è indirettamente affermata da G. Vesperini, *Per uno studio delle tendenze di riforma del sistema universitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 197, secondo il quale «le università italiane hanno subito dalla fine degli anni ottanta del secolo scorso un continuo e profondo processo di trasformazione che ha investito tutti gli elementi costitutivi del loro ordinamento» processo realizzatosi attraverso il mutamento di quattro «fattori di contesto» uno dei quali è la crescente attenzione alla qualità delle prestazioni, anche attraverso l'introduzione della Carta dei Servizi.

<sup>5</sup> Si fa riferimento ad un catalogo di principi che delinea una sorta di statuto dell'utente del servizio pubblico che si è progressivamente affermato fino ad imporre nell'ordinamento una «distinzione dei rapporti di utenza dai rapporti di cittadinanza». In questo quadro «le carte dei servizi (...) definiscono alcuni impegni degli esercenti nei confronti del pubblico. È, allora, possibile distinguere più chiaramente tra utenti ed elettori-contribuenti. I primi sono titolari di specifici diritti ed obblighi nei confronti degli erogatori; i secondi, attraverso i meccanismi della rappresentanza politica, possono influire sulle scelte fondamentali di programmazione e di finanziamento dei servizi», cfr. G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 2005, 150. L'Autore ripercorre l'itinerario ricostruttivo delle

da specificare e adattare nel contesto delle caratteristiche proprie dell'istruzione universitaria.

Con questo studio si intende ora prendere in esame la legge di riforma del sistema universitario n. 240/2010 ed uno dei suoi provvedimenti attuativi, il d.lgs. n. 19/2012 per valutare se la disciplina ivi dettata abbia confermato o meno il modello che si può desumere dalle norme costituzionali: se essa sia stata una disciplina per principi e quali principi siano stati introdotti e se l'istruzione universitaria sia ancora configurabile come servizio pubblico in senso oggettivo.

In particolare si vuole considerare se il legislatore, con le recenti riforme, abbia continuato a percorrere il modello del servizio pubblico oggettivo, che coinvolge soggetti di forma giuridica diversa ma con un denominatore comune comunitario e sociale, oppure se abbia informato l'ordinamento universitario a principi diversi da quelli del servizio pubblico, o, addirittura, se non abbia recuperato l'impianto del servizio pubblico soggettivo.

Verranno presi in considerazione tre "ambiti normativi" della legge Gelmini e del d.lgs. n. 19/2012 che è possibile ritenere particolarmente rilevanti: la *governance*, l'organizzazione della didattica e della ricerca, la valutazione dell'attività universitaria.

## 2. Le disposizioni in materia di governance

Le disposizioni in materia di *governance* sono essenzialmente contenute nell'art. 2 della Legge Gelmini (anche se alcune prescrizioni rilevanti sono previste all'art. 1 ed all'art. 3).

Innanzitutto, il legislatore impone alle università «entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge» di «modificare i propri statuti in materia di organizzazione e di organi di governo dell'ateneo»<sup>6</sup> secondo i principi ed i criteri direttivi della riforma.

Quindi, vengono imposti alle università statali sei organi necessari: «1) rettore; 2) senato accademico; 3) consiglio di amministrazione; 4) collegio dei revisori dei conti; 5) nucleo di valutazione; 6) direttore generale»<sup>7</sup>.

precedenti opere quali Id., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001, si consideri, peraltro, che nei servizi sociali, la distinzione tra rapporto di utenza e cittadinanza non è del tutto compiuto. più di recente sul tema R. Rinaldi, *La posizione giuridica soggettiva dell'utente di servizi pubblici*, Padova, Cedam, 2011.

<sup>6</sup> L. n. 240/2010, art. 2, c. 1.

<sup>7</sup> L. n. 240/2010, art. 2, c. 1.

## il servizio pubblico dell'istruzione universitaria

Il legislatore, poi, definisce la disciplina fondamentale di questi organi, demandando all'autonomia delle università regole attuative.

Così, sono determinate dal legislatore le competenze essenziali, le modalità di formazione, la durata massima, il numero di membri e le modalità di composizione degli organi collegiali, i requisiti fondamentali dei membri degli organi monocratici e collegiali, le ipotesi più rilevanti di incompatibilità<sup>8</sup>.

Da un lato vengono fissato i tratti essenziali della organizzazione amministrativa delle università, dall'altro viene esaurita, sottraendola all'autonomia delle università, la disciplina della *governance* intesa come l'«assetto degli organi accademici, i loro poteri e i loro reciproci rapporti»<sup>9</sup>.

I primi interpreti della riforma, sulla base di queste norme, hanno ricostruito non solo le dinamiche organizzative fondamentali, ma la vera e propria forma di governo delle università<sup>10</sup>.

Alcuni elementi fondamentali di tale forma di governo sono stati posti in luce con chiarezza.

Innanzitutto, il legislatore ha ripreso il modello organizzativo prece-

<sup>8</sup> Per una prima valutazione relativa all'approvazione dei nuovi statuti cfr. M.R. Allegrì, *La riforma dell'università: verso l'approvazione dei nuovi statuti*, in *Rivista AIC*, 2011, fasc. n. 2 e Id., *La governance delle università pubbliche nei nuovi statuti: linee di tendenza e prime valutazioni*, in *Rivista AIC*, 2011, fasc. n. 4.

<sup>9</sup> L'espressione è di F. Merloni, *La nuova governance*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 353.

<sup>10</sup> Per l'analisi della riforma della *governance* operata dalla legge Gelmini cfr. F. Merloni, *Il rettore nell'assetto di governo delle università italiane*, in *Dir. pubbl.*, 2010, 703; S. Battini, *La nuova governance delle università*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2011, 359; M. Cosulich, *Profili giuridici dell'articolazione interna degli Atenei*, in A. Arcari G. Grasso (a cura di), *Ripensare l'università*, Milano, Giuffrè, 2011; A. Travi, *Organi consultivi e processi decisionali dopo la riforma universitaria*, in *Munus*, 2011, 623; E. Follieri, *Ambiti di autonomia universitaria sulle modifiche dello Statuto in attuazione della legge 30.12.2010, n. 240*, cit.; Id., *Ambiti di autonomia universitaria sulle modifiche dello statuto in attuazione della legge n. 240/2010*, in M. Brollo, R. De Luca Tamajo (a cura di), *La riforma dell'Università tra legge e statuti*, cit.; E. Carloni, *La governance delle università: l'autonomia, le riforme e i modelli*, cit.; Pio G. Rinaldi, *La governance interna delle università e il principio dell'autonomia universitaria*, cit.; A.M. Minerva, *La recente legge sull'università. un primo quadro d'insieme*, in *Osservatorio sulle fonti* ([www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it)), 2011, fasc. 1; E.M. Marengi, *L'organizzazione delle università tra riforma e controriforma*, in *Dir. e proc. amm.*, 2012, 791; F. Merloni, *La nuova governance*, cit.; R. Morzenti Pellegrini, *La riforma del sistema universitario e il riordino della scuola secondaria in Italia: l'istruzione quale fondamentale fattore di sviluppo e progresso?*, in *Ius publicum* ([ius-publicum.com](http://ius-publicum.com)), 1, 2013; E. Picozza, *Governance e concorrenza nell'Università, riflessioni tecniche*, cit.; G.M. Esposito, *Riforma dell'università e governance della conoscenza*; M. Ferroni, *Gli organi di governance delle Università: il rettore, il consiglio di amministrazione ed il senato accademico dopo la legge 30 dicembre 2010, n. 240*, in E. Picozza A. Police (a cura di) *Competizione e governance nel sistema universitario*, cit.

dente (fondato su tre organi fondamentali, il Rettore, il Senato accademico, il Consiglio di amministrazione), modificando però la vocazione funzionale, le modalità di formazione e, quindi, il titolo di legittimazione/rappresentatività degli stessi.

Il Rettore – eletto tra professori ordinari presso le università italiane<sup>11</sup> – rimane organo fondamentale di impulso e di indirizzo del sistema organizzativo di ciascuna università<sup>12</sup>, ma anche organo in grado di realizzare competenze gestionali<sup>13</sup>. Tale posizione primaria si riflette nell'essere il Rettore componente di diritto del Consiglio di amministrazione e del Senato accademico<sup>14</sup>.

In secondo luogo, il legislatore ha ridefinito il peso specifico del Consiglio di amministrazione e del Senato accademico. Più precisamente, il Consiglio di amministrazione ha acquisito le principali competenze gestionali, talune delle quali anche in ambito didattico<sup>15</sup>. Inoltre, è previsto che lo

<sup>11</sup> In forza dell'art. 2, c. 1, lett. c), l. n. 240/2010.

<sup>12</sup> Si considerino le competenze «di indirizzo, di iniziativa e di coordinamento delle attività scientifiche e didattiche (...) di proposta del documento di programmazione triennale di ateneo, di cui all'articolo 1-ter del decreto-legge 31 gennaio 2005, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla legge 31 marzo 2005, n. 43 (...) di proposta del bilancio di previsione annuale e triennale e del conto consuntivo (...) di proposta del direttore generale», art. 2, c. 1, lett. b), l. n. 240/2010.

<sup>13</sup> Secondo la dottrina, F. Merloni, *La nuova governance*, op. cit., pag. 356, tali competenze sono attribuite attraverso clausole generali quali la «responsabilità del perseguimento delle finalità dell'università» ovvero secondo una clausola di residualità «ogni altra funzione non espressamente attribuita ad altri organi dallo statuto» di cui all'art. 2, c. 1, lett. b), l. n. 240/2010. Sul ruolo complessivo del rettore nel nuovo contesto normativo cfr. naturalmente F. Merloni, *Il rettore nell'assetto di governo delle università italiane*, cit. Secondo parte della dottrina si è avuto un rafforzamento della posizione del rettore sia nelle sue funzioni di indirizzo che in quelle gestionali, oltre che per essere divenuto lo stesso organo titolare di una competenza residuale relativa a tutte le funzioni non attribuite ad altri organi, cfr. M.V. Ferroni, *Gli organi di governance delle Università: il rettore, il consiglio di amministrazione ed il senato accademico dopo la legge 30 dicembre 2010*, n. 240, cit., 111.

Permangono naturalmente funzioni classiche come la rappresentanza legale dell'Università, art. 2, c. 1, lett. b), l. n. 240/2010.

<sup>14</sup> Parte della dottrina per definire tale posizione del rettore utilizza le figure tratte dalla storia della monarchia costituzionale inglese del «*King in Parliament*» e del «*King in Council*», cfr. S. Battini, *La nuova governance delle università*, cit.

<sup>15</sup> Secondo la dottrina il consiglio di amministrazione diviene il «cuore del sistema decisionale dell'ateneo», sul «modello anglo americano del *Board of Trustees*», F. Merloni, *Il rettore nell'assetto di governo delle università italiane*, cit., 723. Per altri il consiglio di amministrazione diviene «l'organo centrale per quanto concerne il profilo gestionale e finanziario», inoltre «delicata appare l'attribuzione delle competenze che involgono la didattica» e «peculiare (...) è l'attribuzione delle competenze disciplinari prima esercitate dal Consiglio

## il servizio pubblico dell'istruzione universitaria

stesso organo sia composto in misura apprezzabile da soggetti non facenti parte della comunità accademica<sup>16</sup>.

Tutto ciò dovrebbe rappresentare una reazione all'incapacità delle università di adeguare le proprie scelte gestionali e didattiche a *inputs* provenienti da ambiti sociali diversi dalla propria comunità accademica, non sempre in grado, peraltro, di identificare strategie adeguate e sostenibili<sup>17</sup>.

Correlativamente, in terzo luogo, il Senato accademico rimane<sup>18</sup> (for-

Universitario Nazionale», cfr. M.V. Ferroni, *Gli organi di governance delle Università: il rettore, il consiglio di amministrazione ed il senato accademico dopo la legge 30 dicembre 2010*, n. 240, cit., 113.

Si consideri, con riguardo a questi temi, che il legislatore impone, all'art. 2, c. 1, lett. h), l. n. 240/2010, la «attribuzione al consiglio di amministrazione delle funzioni di indirizzo strategico, di approvazione della programmazione finanziaria annuale e triennale e del personale, nonché di vigilanza sulla sostenibilità finanziaria delle attività; della competenza a deliberare, previo parere del senato accademico, l'attivazione o soppressione di corsi e sedi; della competenza ad adottare il regolamento di amministrazione e contabilità, nonché, su proposta del rettore e previo parere del senato accademico per gli aspetti di sua competenza, ad approvare il bilancio di previsione annuale e triennale, il conto consuntivo e il documento di programmazione triennale di cui alla lettera b) del presente comma; del dovere di trasmettere al Ministero e al Ministero dell'economia e delle finanze sia il bilancio di previsione annuale e triennale sia il conto consuntivo; della competenza a conferire l'incarico di direttore generale di cui alla lettera a), numero 6), del presente comma; della competenza disciplinare relativamente ai professori e ricercatori universitari, ai sensi dell'articolo 10; della competenza ad approvare la proposta di chiamata da parte del dipartimento, ai sensi dell'articolo 18, comma 1, lettera e), e dell'articolo 24, comma 2, lettera d)».

<sup>16</sup> Il legislatore impone all'art. 2, c. 1, lett. i), l. n. 240/2010 «la non appartenenza ai ruoli dell'ateneo, (...) di consiglieri non inferiore a tre nel caso in cui il consiglio di amministrazione sia composto da undici membri e non inferiore a due nel caso in cui il consiglio di amministrazione sia composto da un numero di membri inferiore a undici». Inoltre, il medesimo articolo prevede che «fra i membri non appartenenti al ruolo dell'ateneo non siano computati i rappresentanti degli studenti iscritti all'ateneo medesimo».

<sup>17</sup> S. Battini, *La nuova governance delle università*, op. cit. Secondo altri «l'autonomia finora concessa, sembra dire il legislatore del 2010, è stata male impiegata e non ha prodotto i risultati attesi in termini di efficienza, efficacia, responsabilità (...) la ricreazione è finita», F. Merloni, *Il rettore nell'assetto di governo delle università italiane*, cit., 716. Per parte della dottrina, negli ultimi anni, questi moti di sfiducia negli apparati universitari hanno consolidato una serie di veri e propri «luoghi comuni» cfr. V. Zeno-Zencovich, *Ci vuol poco a fare una università migliore*, Fagnano Alto, Il Sirente, 2011, spec. 1 ss.

<sup>18</sup> Secondo F. Merloni, in *La nuova governance*, op. cit., il «Senato accademico (art. 2, c. 1, lett. e) si vede apertamente marginalizzato», 355. Per il medesimo Autore il Senato è l'organo destinato «a subire il ridimensionamento più significativo», F. Merloni, *Il rettore nell'assetto di governo delle università italiane*, cit., 724. Per parte della dottrina in alcuni nuovi statuti si tenta di sottolineare il «ruolo del Senato accademico quale organo di indirizzo, programmazione e verifica delle attività didattiche e di ricerca dell'università, esprimendo l'auspicio di una limitazione del potere decisionale del Consiglio di amministrazione», cfr. M.V. Fer-

malmente) titolare dei poteri normativi generali<sup>19</sup>, ma sostanzialmente conserva competenze consultive (oltre alla innovativa, ma forse non realmente pregnante, competenza di “sfiduciare” il Rettore)<sup>20</sup>.

La conclusione a cui è giunta la dottrina è quella di un ridimensionamento dell'autonomia e dell'autogoverno delle università<sup>21</sup> con relativi problemi di compatibilità costituzionale<sup>22</sup>.

roni, *Gli organi di governance delle Università: il rettore, il consiglio di amministrazione ed il senato accademico dopo la legge 30 dicembre 2010*, n. 240, cit., 117.

<sup>19</sup> Il legislatore impone all'art. 2, c. 1, lett. e), l. n. 240/2010 di attribuire al Senato Accademico la competenza di «approvare il regolamento di ateneo; (...) approvare, previo parere favorevole del consiglio di amministrazione, i regolamenti, compresi quelli di competenza dei dipartimenti e delle strutture di cui al comma 2, lettera c), in materia di didattica e di ricerca, nonché il codice etico di cui al comma 4».

Inoltre, in forza dell'art. 1, c. 5, l. n. 240/2010, «Lo statuto contenente le modifiche statutarie (imposte dalla Legge Gelmini in prima applicazione) è adottato con delibera del Senato accademico, previo parere favorevole del consiglio di amministrazione».

<sup>20</sup> Il legislatore impone all'art. 2, c. 1, lett. e), l. n. 240/2010 l'attribuzione al Senato accademico «della competenza a formulare proposte e pareri obbligatori in materia di didattica, di ricerca e di servizi agli studenti, anche con riferimento al documento di programmazione triennale di ateneo, di cui all'art. 1-ter, d.l. 31 gennaio 2005, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla l. 31 marzo 2005, n. 43, nonché di attivazione, modifica o soppressione di corsi, sedi, dipartimenti, strutture di cui al c. 2, lett. c); (...) a proporre al corpo elettorale con maggioranza di almeno due terzi dei suoi componenti una mozione di sfiducia al rettore non prima che siano trascorsi due anni dall'inizio del suo mandato; ad esprimere parere obbligatorio sul bilancio di previsione annuale e triennale e sul conto consuntivo dell'università».

Il medesimo articolo contempla l'ulteriore competenza del Senato «a svolgere funzioni di coordinamento e di raccordo con i dipartimenti e con le strutture di cui al c. 2, lettera c)».

<sup>21</sup> F. Merloni, *La nuova governance*, cit., 357. Secondo Merloni «dal principio del pieno autogoverno della comunità scientifica operante nell'ateneo si passa ad una sorta di “autogoverno attenuato”, temperato dal maggiore ruolo di interessi esterni all'ateneo», *Il rettore nell'assetto di governo delle università italiane*, cit., 724. In tal senso anche E. Picozza, *Governance e concorrenza nell'Università, riflessioni tecniche*, op. cit. L'attenuazione dell'autogoverno delle comunità universitarie è considerato il precipitato normativo della sfiducia del legislatore nella capacità autocorrettiva del sistema universitario, che ha generato negli ultimi anni un'incontrollata proliferazione dei corsi e dei costi ed una indiscriminata progressione professionale del personale accademico, cfr. F. Battini, *La nuova governance delle università*, cit.

<sup>22</sup> Per i problemi di compatibilità costituzionale delle norme della riforma cfr. la bibliografia alla nota 1 ed alla nota 9 a cui adde P. Marsocci, *Il sistema dell'università e dell'alta formazione, dopo l'entrata in vigore della legge n. 240 del 2010*, in *Rivista AIC*, 3, 2011 che richiama anche i dubbi di costituzionalità sollevati dalla dottrina prima della approvazione della riforma; S. Gambino, *Università e Costituzione: qualche dubbio (di legittimità) su alcune disposizioni della legge Gelmini*, in *www.astrid-online.it*, 2009, C. Pinelli, *Sulla legittimità costituzionale del decreto Gelmini sull'organizzazione delle Università*, in *www.astrid-online.it*, 2010.



## il servizio pubblico dell'istruzione universitaria

Richiamata sommariamente la riforma della *governance*, è possibile chiedersi se essa dia attuazione ad una normativa per principi e, più specificamente, ad una normativa per principi del servizio pubblico universitario.

Occorre innanzitutto considerare che, come abbiamo visto, uno dei tratti distintivi della legge Gelmini è l'applicazione di medesime regole di disciplina degli organi universitari, ovvero l'uniformità nella forma di governo delle università<sup>23</sup>.

Pare che il legislatore abbia voluto creare un sistema di strutture che operano tutte attraverso i medesimi organi e le medesime forme organizzative e che questa uniformità degli apparati si rifletta nell'uniformità delle modalità di programmazione e di svolgimento dell'attività universitaria: si propone un'istruzione universitaria realizzata da strutture tutte uguali, organizzate nello stesso modo, e che operano attraverso dinamiche organizzative analoghe.

Tutto ciò non è irrilevante per l'attuazione di principi di servizio pubblico universitario.

Attraverso l'uniformazione della *governance* il legislatore pare garantire agli utenti una misura uniforme di realizzazione dei propri diritti di formazione<sup>24</sup>. L'uniformità organizzativa dovrebbe condurre all'uniformità nella garanzia dell'istruzione universitaria<sup>25</sup>: l'uniformazione delle strutture po-

<sup>23</sup> F. Merloni, *La nuova governance*, cit., 354 ed ancora prima F. Merloni, *Il rettore nell'assetto di governo delle università italiane*, cit., 720.

<sup>24</sup> Per il concetto di uniformità come misura uniforme di garanzia dei diritti ad opera delle amministrazioni si consideri E. Carloni, *Lo Stato differenziato*, Torino, Giappichelli, 2004, 43 e 135 ss. Si consideri tuttavia che questa dottrina ha chiarito come l'ordinamento, anche in esito alla riforma del Titolo V della Parte II della costituzione, proceda verso una maggiore garanzia dei diritti anche attraverso una differenziazione normativa della organizzazione e della attività delle amministrazioni territoriali e funzionali. Altri autori seguono la medesima linea interpretativa anche nel campo della ricerca scientifica e della istruzione superiore ed affermano: «Il nuovo testo costituzionale, (...) presenta una innovazione di fondo e sostanziale nei rapporti tra centro (Stato) e periferia (enti territoriali) nel quadro della "Repubblica" (...). Se, prima, l'uguaglianza dei cittadini nel godimento dei diritti fondamentali (civili e sociali) era assicurata non solo dalla uniformità di trattamento (uniformità del 'cosa') della legge statale, ma anche dalla uniformità dei modelli di organizzazione pubblica nello svolgimento delle attività di esercizio delle funzioni (uniformità del 'come'), il nuovo sistema si fonda su un diverso criterio. (...) Sia sul versante del 'cosa' (risultati), sia sul versante del 'come' (organizzazione per raggiungerli), si opera una scissione tra una residua (e non espandibile senza limiti) disciplina unitaria e una disciplina differenziata», F. Merloni, *Autonomia, responsabilità, valutazione nella disciplina delle università e degli enti di ricerca non strumentale*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 581, cit., 610-611, ma vedi anche F. Merloni, *La ricerca scientifica tra autonomia ed indirizzo politico, tra uniformità e differenziazione*, in *Ist. fed.*, 2002, 797.

<sup>25</sup> Quasi che la uniformità organizzativa potesse rappresentare una sorta di livello es-

trebbe realizzare una peculiare attuazione e declinazione dei principi del servizio pubblico generale dell'uguaglianza e dell'efficacia.

Nell'ambito della riforma della *governance*, poi, possiamo rinvenire altre disposizioni rilevanti. Si tratta delle norme che prevedono che alcuni importanti organi siano composti da membri non appartenenti alla comunità universitaria.

Si consideri, ad esempio, l'art. 2, c. 1, lett. i), l. n. 240/2010, che prevede che un buon numero di membri del Consiglio di amministrazione («non inferiore a tre nel caso in cui il consiglio di amministrazione sia composto da undici membri e non inferiore a due nel caso in cui il consiglio di amministrazione sia composto da un numero di membri inferiore a undici») non siano appartenenti «ai ruoli dell'università».

Si consideri anche l'art. 2, c. 1, lett. q), che prevede la «composizione del nucleo di valutazione (...) con soggetti (...) in prevalenza esterni all'ateneo».

In entrambi i casi il legislatore pare rompere il nesso di derivazione dei membri degli organi di governo e di valutazione dalla comunità universitaria<sup>26</sup>. In questo modo, gli organi di gestione (anche in parte della didattica)

senziale delle prestazioni da imporre legislativamente – per il tramite del principio del servizio pubblico universitario di uniformità – alla autonomia degli atenei. In quest'ottica si utilizzano le categorie di A. D'Aloia, *Diritti e stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in *Reg.*, 2003, 1163, che identifica i livelli essenziali come livelli essenziali dei diritti e come “risorsa dell'unità”, «che segna un obiettivo di omogeneità «sostanziale», una condizione equivalente, appunto “essenziale”, sul piano della cittadinanza, che deve essere nella sostanza unitaria e sottratta alle dinamiche di differenziazione collegate al pluralismo politico-territoriale».

Il concetto di livello essenziale delle prestazioni in dottrina è stato utilizzato soprattutto per delineare il riparto di competenze legislative Stato- Regione, per un quadro di insieme recente cfr. M. Gaggero, *Il diritto all'istruzione tra esigenze di unitarietà e differenziazione*, in *Quad. reg.*, 2012, 347. Per analisi più recenti legate al concetto di livelli essenziali con riguardo alla realizzazione delle attività amministrative e di istruzione superiore cfr. C. Tubertini, *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, Bologna, Bononia University Press, 2008, e M. Cocconi, *Il diritto allo studio universitario fra i livelli essenziali delle prestazioni (commento a d. lg. 29 marzo 2012, n. 68)* in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 18.

<sup>26</sup> Sul punto vedi *supra* nota 16. Si consideri che per il nucleo di valutazione il nesso di derivazione dalla comunità universitaria non è necessariamente escluso dalla natura dei compiti, i quali, infatti, sono di “autovalutazione” delle strutture universitarie. Per una valutazione della posizione dei nuclei di valutazione rispetto agli altri organi di governo delle università cfr. M.P. Chiti, *I nuclei di valutazione delle università e la loro attività*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 1998, 91; W. Gasparri, *Il controllo di funzionalità nel sistema universitario italiano*, in *Dir. pubbl.*, 2000, 485. Progressivamente la dottrina ha rilevato la necessità che il controllo interno fosse maggiormente aperto ad istanze provenienti dall'esterno, attraverso «*adeguamenti della governance, rispetto all'autoamministrazione di tipo corporativo*» cfr. G. della Cananea, *Concorrenza*

## il servizio pubblico dell'istruzione universitaria

e di verifica della funzionalità delle prestazioni dovrebbero aprirsi alle istanze della comunità sociale di riferimento, oltreché agli utenti *stricto sensu*.

In altri termini, le strutture chiamate ad adottare le decisioni strategiche e gestionali, e quelle chiamate a verificarne le modalità di attuazione, dovrebbero risultare responsabili nei confronti dei destinatari *lato sensu* delle attività universitarie.

Tali conclusioni paiono confermate dalle regole che impongono, per i membri dei due organi (indipendentemente dal loro essere espressione della comunità accademica), un alto tasso di competenza tecnica<sup>27</sup>.

Il valore della responsabilità, in queste disposizioni, si identifica come orientamento al risultato, ovvero come negazione della autoreferenzialità degli organismi di governo, e come affermazione della sistematica “responsività” alle esigenze dell’utenza<sup>28</sup>.

*e merito nelle università*, in G. della Cananea, C. Franchini, *Concorrenza e merito nelle università*, Torino, Giappichelli, 2009.

<sup>27</sup> Per il Consiglio di amministrazione la l. n. 240/2010 impone all’art. 2, c. 1, lett. i), una «comprovata competenza in campo gestionale ovvero con un’esperienza professionale di alto livello con una necessaria attenzione alla qualificazione scientifica culturale»; per il nucleo di valutazione la medesima legge impone all’art. 2, c. 1, lett. q), la nomina di «oggetti di elevata qualificazione professionale». Tale dato viene rilevato anche da M.V. Ferroni, *Gli organi di governance delle Università: il rettore, il consiglio di amministrazione ed il senato accademico dopo la legge 30 dicembre 2010, n. 240*, op. cit.

<sup>28</sup> Si intende in questa sede fare riferimento al principio di responsabilità non come insieme di effetti giuridici di fatti illeciti della amministrazione ma come orientamento dell’azione amministrativa ai fini di legge, su tale concetto ampio di responsabilità D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 2012. La dottrina si è sforzata di tradurre tale principio nella formula giuridica della amministrazione di risultato, si consideri L. Iannotta, *Previsione e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, 1999, 110; A. Romano Tassone, *Sulla formula amministrazione per risultati*, in *Scritti in onore di E. Casetta*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2001, II, 813; G. Corso, *Amministrazione di risultati* e M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo, *Annuario 2002*, Milano, Giuffrè, 2003, M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, Giappichelli, 2003; per un’analisi complessiva cfr. i vari contributi in M. Immordino, A. Police (a cura di) *Principio di legalità e Amministrazione di risultati*, Atti del convegno di Palermo 27-28 febbraio 2003, Torino, Giappichelli, 2004. Ma a ben vedere anche tale prospettiva del risultato può essere ricondotta ad una amministrazione obiettivata intesa quale «amministrazione come attività ordinata a scopi prefissati, quindi come attività-scopo, retta, quindi, come già si notava, da un’esigenza intrinseca di funzionalità, di adeguatezza e di commisurazione allo scopo (*Zweckmassigkeit*), secondo una concezione oggettivo-funzionale che accomuna l’attività amministrativa pubblica ad ogni altra forma di amministrazione», cfr. G. Pastori, *Commento all’art. 1*, in A. Travi (a cura di), *Commentario alla legge n. 241 del 1990*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1995, 5 ss., cit., 7. Occorre chiarire, peraltro, che la responsività, negli ultimi anni, in forza di varie riforme che hanno implementato la trasparenza della amministrazione, tende ad assumere la veste, appunto, di

Anche queste norme non paiono irrilevanti sul piano dell'attuazione di principi di servizio pubblico universitario. Infatti, la responsabilità e responsabilità degli organi di gestione e valutazione parrebbero dare luogo ad una peculiare attuazione e declinazione dei principi del servizio pubblico generale di eguaglianza e di efficacia.

Ricapitolando, le disposizioni della riforma, in materia di *governance*, paiono valorizzare i principi di uniformità e responsabilità, quali peculiari declinazioni universitarie dei principi di eguaglianza e di efficacia.

Tale assunto, peraltro, è soltanto apparente.

Nel tessuto della riforma universitaria, infatti, sono presenti altre disposizioni che ridimensionano, o meglio, rendono apparente la valorizzazione dei principi di uniformità e responsabilità.

L'art. 1, c. 2, l. n. 240/2010, ad esempio, impone a tutte le università statali l'adeguamento dei propri statuti al nuovo modello di *governance*. La disposizione, però, nel suo secondo periodo, prevede che «sulla base di accordi di programma con il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, di seguito denominato “Ministero”, le università che hanno conseguito la stabilità e sostenibilità del bilancio, nonché risultati di elevato livello nel campo della didattica e della ricerca, possono sperimentare propri modelli funzionali e organizzativi, ivi comprese modalità di composizione e costituzione degli organi di governo».

Il legislatore, in presenza di due presupposti (l'accordo con il Ministero e la virtuosità scientifico-finanziaria degli atenei), rende possibile l'inosservanza del canone della uniformità organizzativa.

Si consideri, a questo proposito, che si consente il superamento pieno di tale uniformità, perché si permette l'elaborazione di «propri modelli funzionali ed organizzativi», ovvero differenti forme di governo con differenti modelli di costituzione e composizione degli organi: non è consentita solo una maggiore autonomia nell'attuazione dei modelli della riforma, ma, addirittura, l'elaborazione di modelli alternativi.

La dottrina ha sottolineato come questa disposizione, che riconosce autonomia in via premiale solo alle università “virtuose”, renda manifesta la riduzione della medesima autonomia per il sistema universitario nel suo

una delle «multi-finalità della trasparenza on line» delle amministrazioni secondo il modello dell'*open data*. Tale finalità è quella della garanzia della «*accountability* nei confronti della comunità di riferimento», cfr. E. Carloni, *La trasparenza “totale” delle amministrazioni pubbliche: caratteri, finalità, potenzialità*, in *astrid-online.it*, 2011 e Id., *La trasparenza (totale) delle pubbliche amministrazioni come servizio*, in *Munus*, 2012, 179. Responsabilità, quindi, non solo come amministrazione oggettiva ma come amministrazione condizionata in senso lato nelle sue scelte e nei suoi standard di qualità dalla comunità di riferimento.

## il servizio pubblico dell'istruzione universitaria

complesso<sup>29</sup>. Si deve senz'altro aderire a tale conclusione, notando che l'autonomia delle università, come è accaduto per le pretese degli utenti dei servizi pubblici di qualche anno addietro, è divenuta "diritto finanziariamente condizionato"<sup>30</sup>.

Dalla nostra prospettiva di analisi, peraltro, la disposizione rileva perché riduce l'uniformità e la responsabilità delle strutture come declinazione dei principi del servizio pubblico di eguaglianza ed efficacia. Questo perché l'art. 1, c. 2, l. n. 240/2010 esclude espressamente che l'uniformità e la responsabilità delle strutture siano regole essenziali, necessarie, ed irrinunciabili per ogni ateneo, potendo essere disattese dalle università virtuose, con il consenso dell'amministrazione statale.

L'effetto è quello di ridimensionare il valore giuridico dell'uniformità e della responsabilità quali principi del servizio pubblico universitario.

La scelta del legislatore, tuttavia, incide anche sul valore giuridico del principio (simmetrico a quello di uniformità) di differenziazione, come attuazione del principio di efficacia e di eguaglianza. Infatti, se non è possibile ritenere l'uniformità principio generale del servizio pubblico universitario, del pari non è possibile qualificare in questi termini neppure il principio di differenziazione.

La riforma, allora, rendendo la differenziazione delle strutture una possibilità da riconoscere solo alle università virtuose, e non una regola essenziale per il sistema, ne ridimensiona il valore di principio generale del servizio pubblico universitario<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> In tal senso soprattutto M. De Donno, *L'autonomia al centro del sistema*, in G. Pipera (a cura di), *L'università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, cit.

<sup>30</sup> Si richiama una espressione di F. Merusi, in *Servizi pubblici instabili*, Bologna, il Mulino, 1990, 30.

<sup>31</sup> Il tutto mentre la dottrina coglie, nello strumento della differenziazione, uno strumento per avvicinare gli atenei al loro territorio di riferimento, ed allo stesso tempo afferma che «nella griglia uniformante prevista dalla legge 240/2010, la spinta ad un diverso e più intenso rapporto con gli interessi del territorio, che pure emerge in una serie di interventi ed atti che hanno preceduto ed accompagnato la riforma, si stempera e, inevitabilmente, si ridimensiona. L'università italiana tende frequentemente, nelle finalità che auto-assume come proprie, verso un ruolo "territoriale", ma gli interessi locali (siano essi "istituzionali", economici, sociali) trovano limitati canali di ingresso nell'organizzazione accademica, trovandosi costretti in un modello di governance non solo largamente predefinito dal legislatore, ma soprattutto scarsamente attento a queste esigenze», E. Carloni, *Il rapporto tra le università e il territorio alla luce dei nuovi statuti di autonomia*, in *Ist. fed.*, 2012, 311, cit. 333-334. Medesime considerazioni svolge C. Barbati, *Territori ed Università: l'incontro di due autonomie*, in *Ist. fed.*, 2012, 291 che afferma, con riguardo alle prospettive limitate di differenziazioni per il tramite degli accordi Ministero-università virtuose: «Perché gli effetti di queste politiche o comunque di queste pratiche, di fatto, differenziate si estendano all'intero sistema universitario, contri-

Si esclude, quindi, che gli atenei realizzino sempre il principio di efficacia delle proprie attività anche attraverso l'adeguamento della propria organizzazione, della propria formazione e della propria ricerca al contesto sociale, culturale ed economico. In sostanza, per il legislatore né la uniformità né la differenziazione sono strumentali alla garanzia dell'efficacia e dell'eguaglianza del servizio pubblico universitario<sup>32</sup>.

Occorre peraltro considerare una serie di conseguenze ulteriori della scelta legislativa dell'art. 1, c. 2.

Innanzitutto, nel sistema universitario, viene introdotta una fondamentale differenza di disciplina tra università statali ed università non statali<sup>33</sup>. In-

buendo a incentivarne qualità ed efficienza, occorre altro», cit., 301. In termini analoghi L. Violini, *Università e regioni: quale autonomia? quali reti per lo sviluppo dei territori?* in *Reg.*, 2011, 3, che afferma che la sperimentazione di nuovi modelli di *governance* può condurre alla collaborazione regioni-università in chiave di differenziazione territoriale. Contrario alla "taglia unica" per tutte le università, frutto di una «illusione costruttivista» della riforma V. Zencovich, *Ci vuole poco per fare una università migliore*, cit., 78.

<sup>32</sup> In tal modo il legislatore è in controtendenza rispetto alla evoluzione degli apparati amministrativi che, negli ultimi anni sono stati conformati in maniera "differenziata" per garantire in maniera più adeguata i diritti dei cittadini cfr. E. Carloni, *Lo Stato differenziato*, cit.

<sup>33</sup> Il legislatore ha adottato progressivamente una definizione in negativo delle università non riconducibili alla organizzazione statale, dapprima definendole «università libere», nel R.d. 31 agosto 1933, n. 1592 (art. 1, c. 2, n. 2), poi «università non statali legalmente riconosciute», nella l. 29 luglio 1991, n. 243. La dottrina e la giurisprudenza hanno in via tendenziale qualificato giuridicamente tali entità come "pubbliche" in ragione della regolamentazione di cui erano fatte oggetto, anche quando esse erano emanazione di soggetti privati. Tali problemi di qualificazione, peraltro, non rilevano ai fini della nostra analisi, nella quale ci occupiamo di considerare, tra l'altro, come le norme della riforma tendano a limitare la propria applicazione alla figura positiva della «università statale». Per una recente qualificazione giuridica delle università non statali cfr. F. Giglioni, *Pubblico e privato nel sistema universitario italiano* e bibliografia ivi citata, in G. Piperata (a cura di), *L'università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, op. cit. Per la qualificazione delle università non statali come organismi di diritto pubblico cfr. M. Calabrò, *Università non statali e procedure ad evidenza pubblica*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2005, 1769. La giurisprudenza tende a considerare anche le università non statali (o libere) come enti pubblici considerando che esse «sono regolat(e), (...) dall'ordinamento dell'istruzione superiore (R.d. 31 agosto 1933, n. 1592), e caratterizzat(e) da scopi, struttura organizzativa e poteri amministrativi del tutto analoghi a quelli delle università statali», Cass., sez. un., n. 5054/2004, in *Giust. civ. Mass.* 2004, 3; ancora meno recentemente la Suprema Corte ha affermato che: «Le università libere (nella specie, l'Istituto universitario pareggiato di Magistero Suor Orsola Benincasa) disciplinate dal t.u. 31 agosto 1933, n. 1592, e dalla l. 29 luglio 1991, n. 243, per i fini che perseguono, per i controlli cui sono assoggettate e per i finanziamenti pubblici di cui sono destinatarie, sono enti pubblici non economici», Cass., sez. un., n. 1733/1996, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 293. Non mancano tesi dissonanti: cfr. Cass., sez. lav., n. 14129/1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1710.

## il servizio pubblico dell'istruzione universitaria

fatti, la legge Gelmini, all'art. 2, impone la riforma della *governance* solo alle università statali.

Del pari la legge concede la possibilità di differenziarsi solo alle università "virtuose" che sarebbero, in linea generale, tenute ad adeguarsi alle regole uniformanti della riforma, cioè, di nuovo, solo alle università statali<sup>34</sup>.

Quindi, per volontà del legislatore, le università non statali rimangono differenziate, sia organizzativamente che nella loro vocazione formativa.

In secondo luogo, le scelte del legislatore producono un'ulteriore conseguenza.

Le università non statali debbono osservare per legge i principi normativi efficaci per quelle statali<sup>35</sup>. Tuttavia, nel novero di tali principi, come abbiamo visto, non possiamo più includere, come declinazione dell'efficacia e dell'eguaglianza, né la uniformità né la differenziazione.

Così, per le università non statali, la differenziazione non si impone più come principio del servizio pubblico universitario, ma, per così dire, come portato naturale della loro identità soggettiva.

È bene chiarire che, con queste considerazioni, non si intende auspicare, per le università non statali, la medesima compressione della autonomia imposta alle università statali. Si intende, invece, semplicemente, rilevare come il legislatore abbia ridimensionato, con la riforma della *governance*, una serie di principi di servizio pubblico, limitandone il valore giuridico alle università statali. Ed abbia complessivamente ridotto l'attenzione normativa per la *mission* degli atenei.

Come si chiarirà in seguito, il legislatore avrebbe potuto procedere diversamente, imponendo per tutti gli atenei i nuovi principi del servizio pubblico, e prevedendo, solo per gli atenei statali, soluzioni organizzative più specifiche, sempre nel rispetto della misura di autonomia garantita dalla costituzione<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> il legislatore, all'art. 1, l. n. 240/2010, concedendo l'autonomia, fa riferimento all'art. 2, dettato per le università statali. Infatti, pur con formulazione involuta stabilisce che le università virtuose «possono sperimentare propri modelli funzionali e organizzativi, ivi comprese modalità di composizione e costituzione degli organi di governo e forme sostenibili di organizzazione della didattica e della ricerca su base policentrica, diverse da quelle indicate nell'art. 2».

<sup>35</sup> Cfr. la l. 29 luglio 1991, n. 243, art. 1: «1. Le università e gli istituti superiori non statali legalmente riconosciuti operano nell'ambito delle norme dell'art. 33, ultimo comma, della Costituzione e delle leggi che li riguardano, nonché dei principi generali della legislazione in materia universitaria in quanto compatibili».

<sup>36</sup> Sul piano della autonomia, semmai, occorre considerare che il dato costituzionale, all'art. 33, impone il riconoscimento del medesimo grado di autonomia per tutti i tipi di università, statali e non statali. L'autonomia, infatti, si giustifica non per la natura soggettiva dell'ateneo, ma per il carattere libero della didattica e della ricerca che vi si esercitano.

### 3. Le disposizioni in materia di organizzazione della didattica e della ricerca

Le disposizioni in materia di organizzazione della didattica e della ricerca sono essenzialmente contenute nell'art. 2, c. 2, l. n. 240/2010, che impone l'introduzione dei dipartimenti, con alcune regole fondamentali per la loro organizzazione ed il loro funzionamento.

Si prevede la «contestuale attribuzione al dipartimento delle funzioni finalizzate allo svolgimento della ricerca scientifica, (e) delle attività didattiche e formative»<sup>37</sup>.

Troviamo, poi, regole di carattere organizzativo, quali la dimensione minima dei dipartimenti, e, «quasi implicitamente», le figure del direttore e del consiglio di dipartimento<sup>38</sup>.

La riforma prevede, inoltre, la presenza di strutture di coordinamento tra dipartimenti, che la dottrina ha definito come: «un secondo livello di organizzazione delle funzioni didattiche, come aggregazione tra più dipartimenti operata sulla base di criteri di affinità disciplinare»<sup>39</sup>.

Viene, infine, imposta la dimensione minima e l'elemento della omogeneità scientifico-disciplinare dei dipartimenti.

In questa sede non si considera la collocazione dei dipartimenti nel nuovo sistema di *governance* delle università, né la loro disciplina<sup>40</sup>.

Dobbiamo chiederci, invece, se vi siano nella riforma disposizioni che regolano la attività universitaria per principi generali e che attuano, in ambito universitario, i principi del servizio pubblico generale.

Rileva innanzitutto la scelta di imporre i dipartimenti come strutture

<sup>37</sup> Art. 2 c. 2, lett. a), l. n. 240/2010.

<sup>38</sup> La espressione è di E. Carloni, *L'organizzazione della didattica e della ricerca*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 366; l'identificazione degli organi è quasi implicita perché il legislatore li menziona disciplinando la organizzazione delle c.d. strutture di coordinamento tra dipartimenti, sulle quali vedi *infra*.

<sup>39</sup> E. Carloni, *L'organizzazione della didattica e della ricerca*, cit., 369, che afferma ancora: «quale che ne sia la denominazione (scuole, aree, facoltà) ci troviamo di fronte a strutture di raccordo, chiamate a svolgere unicamente "funzioni di coordinamento e razionalizzazione delle attività didattiche" ed a gestire le strutture comuni».

<sup>40</sup> Su tali temi C. Tubertini, *Evoluzione e prospettive della didattica universitaria*, in G. Piperata (a cura di), *L'università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, cit.; A. Di Giovanni, *L'organizzazione interna delle università: tra dipartimenti e strutture di raccordo*, in E. Picozza A. Police (a cura di) *Competizione e governance nel sistema universitario*, cit.; E. Carloni, *L'organizzazione della didattica e della ricerca*, cit.; M. Cosulich, *Profili giuridici dell'articolazione interna degli Atenei*, in A. Arcari G. Grasso (a cura di), *Ripensare l'università*, cit.; P.G. Rinaldi, *La governance interna delle università e il principio dell'autonomia universitaria*, cit.



## il servizio pubblico dell'istruzione universitaria

alle quali sono attribuite «contestualmente» sia l'attività di ricerca che l'attività didattica: in tal modo il legislatore impone alle università, anche attraverso una soluzione organizzativa, il nesso di derivazione della didattica dalla ricerca.

Quindi, viene data un'attuazione “forte” alla norma dell'art. 1 della legge n. 240, che qualifica l'università come «sede primaria di libera ricerca e di libera formazione», e, soprattutto, alla prescrizione immediatamente successiva, che stabilisce che gli atenei «operano, combinando in modo organico ricerca e didattica»; in questo senso la riforma Gelmini procede, invero, nella stessa direzione della l. 9 maggio 1989, n. 168<sup>41</sup>.

Pare volersi realizzare una “*combinazione forte*” della formazione e della indagine scientifica in forza della quale i centri universitari siano costretti – tendenzialmente – a divulgare i risultati dei propri studi e delle proprie sperimentazioni<sup>42</sup>.

La dottrina ha interpretato questa scelta come fondata sulla consapevolezza del legislatore di potere «ridisegnare la “qualità” della ricerca e dell'insegnamento già con l'integrazione in un'unica struttura di queste funzioni»<sup>43</sup>.

Su questa linea è possibile ipotizzare che la riforma intenda dare peculiare attuazione, in ambito universitario, al principio di servizio pubblico generale dell'efficacia e lo declini quale necessaria derivazione della didattica dalla ricerca, ovvero, come “combinazione organizzativa e funzionale forte” di queste due attività.

Il portato normativo primario parrebbe essere quello di escludere dal sistema universitario, in via tendenziale, le strutture che non contemplano tale “*combinazione forte*” e si limitano a divulgare risultati scientifici non autonomamente raggiunti od arricchiti, ovvero le c. d. *teaching universities*<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> Sia consentito richiamare F. Midiri, *L'istruzione universitaria tra servizio pubblico ed autonomia funzionale*, 144 ss., ove già si faceva riferimento al dipartimento come struttura organizzativa in grado di realizzare un nesso di derivazione della didattica dalla ricerca.

<sup>42</sup> Si consideri che la dottrina, anche facendo riferimento al dato costituzionale, ha da tempo rilevato la necessità giuridica che nell'istruzione superiore universitaria si concentrino didattica e ricerca scientifica; la medesima dottrina, anzi, vede nella concentrazione di didattica e ricerca la ragione del riconoscimento costituzionale della autonomia delle università: cfr. F. Merloni, *Autonomia e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano, Giuffrè, 1990 e, più recentemente, Id., *Autonomia, responsabilità, valutazione nella disciplina delle università e degli enti di ricerca non strumentale*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 604. A tutto ciò si aggiunga che è la stessa legislazione universitaria a qualificare le università sedi di didattica e di ricerca (l. 9 maggio 1989, n. 168, combinato disposto degli artt. 3 e 4 e legge Gelmini, art. 1).

<sup>43</sup> E. Carloni, *L'organizzazione della didattica e della ricerca*, cit., 367.

<sup>44</sup> In tale senso pare esprimersi anche E. Carloni, *L'organizzazione della didattica e della ricerca*, cit., 366.

L'organizzazione della didattica e della ricerca nella legge Gelmini contempla, inoltre, ulteriori disposizioni rilevanti in materia di principi del servizio pubblico.

Si consideri, ad esempio, l'art. 2, c. 2, lett. g), l. n. 240/2010, che impone l'istituzione, nei dipartimenti e nelle strutture di raccordo tra dipartimenti, di commissioni paritetiche docenti/studenti chiamate a «svolgere attività di monitoraggio dell'offerta formativa e della qualità della didattica nonché dell'attività di servizio agli studenti da parte dei professori e dei ricercatori; ad individuare indicatori per la valutazione dei risultati delle stesse; a formulare pareri sull'attivazione e la soppressione di corsi di studio».

Come si vede alla commissione paritetica vengono attribuite tre competenze fondamentali (pur in via non esclusiva): esercitare forme di controllo interno sulla didattica e sui servizi connessi; prevedere strumenti per la valutazione delle stesse attività; fornire un apporto consultivo su rilevanti scelte organizzative didattiche.

Attraverso queste soluzioni organizzative il legislatore pare caratterizzare in maniera peculiare, in ambito universitario, il principio del servizio pubblico di partecipazione<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> Si tratta di una forma di partecipazione relativa non tanto al momento erogativo del servizio ma a quello di determinazione delle modalità di erogazione. Potremmo definire questa forma di partecipazione utilizzando formule relative al passato di Umberto Allegretti, quali la “partecipazione organica” o le «forme diverse di partecipazione, per lo più consultiva ed episodica, entro organi o procedure di decisione pubblica, incluse quelle riservate a categorie economiche o a rappresentanti di utenti di pubblici servizi», secondo questa dottrina queste forme di partecipazione sarebbero segnate, tra l'altro dal “principio di continuità” in forza del quale la partecipazione «sempre per raggiungere effettività, deve realizzarsi, oltre che nei procedimenti che mettono capo ad atti puntuali, già nelle fasi generali e preliminari della creazione delle normative, dell'elaborazione delle politiche, della formazione dei piani e dei programmi. E tutto ciò “quando tutte le alternative sono ancora praticabili” (così suona la Convenzione di Aarhus in materia ambientale, ratificata dall'Italia ma scarsamente attuata), cioè prima dell'inizio di ogni attività decisionale. Naturalmente non ci si può limitare alla partecipazione iniziale, ma il principio deve trovare applicazione in tutte le fasi all'interno della procedura», cfr. U. Allegretti, *Il cammino accidentato di un principio costituzionale: quaranta anni di pratiche partecipative in Italia*, in *Rivista AIC*, 2011, n. 1; U. Allegretti, *Democrazia partecipativa*, in *Enc. dir.*, Ann. IV, 2011, 305 ss.

Per una ricostruzione recente del principio della partecipazione nell'ambito dei servizi pubblici cfr. S. Lieto, *Forme di partecipazione nella gestione dei pubblici servizi nell'ambito dei processi di trasformazione dell'attività amministrativa*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2012, 107. In termini meno recenti sulle modalità di partecipazione degli utenti nell'attività amministrativa di carattere erogativo cfr. F. Giglioni, S. Lariccia, *Partecipazione dei cittadini all'attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, IV agg., 2000, 975.

## il servizio pubblico dell'istruzione universitaria

Tale partecipazione si realizza attraverso organismi paritetici radicati nelle strutture didattiche e di ricerca.

Il principio assume poi la forma della “cogestione” delle più importanti funzioni di verifica dei risultati e di alcune rilevanti funzioni di programmazione della didattica.

In sostanza, la partecipazione, in ambito universitario, si caratterizza in maniera pregnante come partecipazione dell'utenza alla misurazione della realizzazione della *mission* complessiva degli atenei. Tutto ciò impone alle amministrazioni universitarie di rendere “misurabili”, attraverso parametri certi, le proprie prestazioni.

Ancora, nell'ambito della organizzazione della didattica esistono altre norme rilevanti in materia di servizio pubblico universitario.

L'art. 2, c. 2, lett. l), prevede, per gli atenei, il «rafforzamento della internazionalizzazione» quale principio a cui informare «i propri statuti in tema di articolazione interna»<sup>46</sup>.

In via esemplificativa<sup>47</sup>, la lett. l) prevede alcune soluzioni – a metà strada tra l'adeguamento organizzativo e quello funzionale – che dovrebbero garantire il principio. Si tratta di strumenti classici quali la mobilità in ambito internazionale dei docenti e degli studenti, la cooperazione interuniversitaria e l'attivazione di corsi e selezioni in lingua straniera.

La disposizione propone strumenti già consolidati nel sistema, senza fornire un grande apporto di elaborazione. Ma ciò è condivisibile, perché i

<sup>46</sup> L'indicazione è contenuta nel comma 1 dell'art. 2 e precede le varie lettere che contengono i vari principi. Sul principio dopo la riforma M. D'Angelosante, *L'internazionalizzazione degli atenei e la didattica universitaria parlano la stessa “lingua”?*, in *Munus*, 2013, 337, che sottolinea anche che una serie di misure specifiche ulteriori della riforma sono dirette a valorizzare l'internazionalizzazione, cfr. l'art. 5 che prevede la partecipazione a progetti di ricerca internazionali, l'art. 23, c. 3, che prevede l'attribuzione di incarichi di insegnamento a docenti, studiosi o professionisti stranieri di chiara fama, nei limiti delle disponibilità di bilancio dell'ateneo; l'art. 26, c. 1, che prevede l'attribuzione ai lettori di lingua straniera di comprovata e qualificata professionalità di incarichi di insegnamento finalizzati alla incentivazione della cooperazione internazionale, nonché alla promozione della diffusione, nel Paese ospitante, della lingua e della cultura di origine dei lettori. Il tutto oltre ad una serie di misure legislative ulteriori che la l. n. 240/2010 indirizza ai docenti.

La riforma, e soprattutto le sue applicazioni giurisprudenziali, su cui *infra*, ha generato un ampio dibattito su cui N. Maraschio, D. De Martino (a cura di), *Fuori l'Italiano dall'Università? Inglese, internazionalizzazione, politica linguistica*, Bari-Roma, Laterza, 2012.

<sup>47</sup> Lo si capisce dal tenore letterale dell'art. 2, c. 2, lett. l), che utilizza la parola *anche* e recita «rafforzamento dell'internazionalizzazione anche attraverso una maggiore mobilità dei docenti e degli studenti, programmi integrati di studio, iniziative di cooperazione interuniversitaria per attività di studio e di ricerca e l'attivazione, (...) di insegnamenti, di corsi di studio e di forme di selezione svolti in lingua straniera».

soggetti nella migliore condizione per elaborare strumenti utili sono le singole università.

Quello che rileva è che il legislatore impone l'internazionalizzazione come una fondamentale caratterizzazione dell'efficacia nel servizio pubblico universitario. E tale caratterizzazione impone che, attraverso l'internazionalizzazione, da un lato vengano resi accessibili contenuti formativi e scientifici di carattere internazionale, e, dall'altro, venga impartita un'istruzione superiore "spendibile" su un piano territoriale globale.

Inoltre, la riforma pare chiarire che, data l'autonomia delle università, se è possibile non adottare alcuna delle tre soluzioni previste dal legislatore (mobilità, cooperazione universitaria ed utilizzo della lingua straniera) non è possibile prescindere totalmente da misure di internazionalizzazione, che divengono, quindi, standard minimi di efficacia universitaria.

Del principio di internazionalizzazione è già stata data un'applicazione giurisprudenziale. Più precisamente il Tar Lombardia<sup>48</sup> ha chiarito come, fermo il carattere di ufficialità della lingua italiana, non è legittimo per gli atenei prevedere corsi di laurea integralmente ed esclusivamente svolti in lingua straniera<sup>49</sup>.

Per giungere a tale conclusione il giudice di merito pare confermare implicitamente l'internazionalizzazione come caratterizzazione dell'efficacia<sup>50</sup>. Infatti afferma che «spetta all'Università selezionare gli insegnamenti che si prestano a tale processo, per la materia trattata, che di per sé presenta una vocazione internazionale, o in considerazione delle origini e dello sviluppo scientifico di una certa disciplina in una particolare lingua straniera».

Nello stesso tempo, però, si impone che «il processo di internazionalizzazione sia compatibile con l'ordinamento nella misura in cui non collochi la lingua italiana in posizione marginale rispetto ad altre lingue, facen-

<sup>48</sup> Tar Lombardia, Milano, sez. III, 23 maggio 2013, n. 1348, in *Giur. cost.*, 2013, 2, 1204 (s. m.), e in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>49</sup> La dottrina ha sottolineato come la scelta di impartire istruzione superiore esclusivamente attraverso una lingua straniera produce la lesione di una serie di valori giuridici quali la libertà di insegnamento, il diritto allo studio, la proporzionalità cfr. M. D'Angelosante, *L'internazionalizzazione degli atenei e la didattica universitaria parlano la stessa "lingua"?*, cit.; D.U. Galetta, *Autonomia universitaria e processi di internazionalizzazione degli Atenei dopo la legge n. 240 del 2010: una "anglicizzazione" necessaria? Riflessioni critiche dalla prospettiva del diritto (amministrativo)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); Id., *Basic English for all? No grazie! Come e perché il TAR Lombardia ha bloccato la fuga in avanti del Politecnico di Milano*, ivi.

<sup>50</sup> Secondo parte della dottrina, invece, si tratterebbe essenzialmente di una questione di natura linguistica che involge il tema del «rapporto fra uniformità e diversità, mercato comune e pluralismo linguistico all'interno dell'Unione europea»: M. D'Angelosante, *L'internazionalizzazione degli atenei e la didattica universitaria parlano la stessa "lingua"?* cit.

## il servizio pubblico dell'istruzione universitaria

dole assumere un ruolo subordinato nel contesto dell'insegnamento universitario».

In sostanza, l'internazionalizzazione deve consentire l'acquisizione di contenuti formativi altrimenti inaccessibili o non pienamente accessibili, senza giungere a rinunciare integralmente alla lingua italiana<sup>51</sup>. La dottrina ha addirittura sottolineato come tale rinuncia importerebbe un chiaro ridimensionamento dell'efficacia<sup>52</sup>.

Tali conclusioni paiono condivisibili ed aderenti al testo normativo.

Occorre peraltro riaffermare che la legge Gelmini impone agli atenei di fornire una preparazione adeguata ad accedere a contenuti di carattere internazionale ed utilizzabile oltreconfini senza deficit linguistici. Per questo il legislatore, come detto, pare precludere il caso reciproco (non certo infrequente) a quello conosciuto dai giudici, ovvero la totale assenza, nei programmi formativi, di corsi di lingua straniera di carattere tecnico relativi alle materie insegnate in lingua italiana<sup>53</sup>. Ciò potrebbe configurare una lesione degli standard minimi di efficacia della istruzione superiore.

<sup>51</sup> La dottrina ha variamente commentato la sentenza seguendo – come è logico – l'itinerario argomentativo dei giudici, diretto sostanzialmente a confermare il carattere ufficiale della lingua italiana (e del valore della lingua italiana di strumento necessario da utilizzare nella attività di istruzione superiore) senza toccare il principio di internazionalizzazione come principio del servizio pubblico. Cfr. M. D'Angelosante *L'internazionalizzazione degli atenei e la didattica universitaria parlano la stessa "lingua"?*, cit.; D.U. Galetta, *Autonomia universitaria e processi di internazionalizzazione degli Atenei dopo la legge n. 240 del 2010: una "anglicizzazione" necessaria? Riflessioni critiche dalla prospettiva del diritto (amministrativo)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); Id., *Basic English for all? No grazie! Come e perché il TAR Lombardia ha bloccato la fuga in avanti del Politecnico di Milano*, ivi; P. Caretti A. Cardone, *Ufficialità della lingua italiana e insegnamento universitario: le ragioni del diritto costituzionale contro gli eccessi dell'esterofilia linguistica*, in *Giur. cost.*, 2013, 1223; G. Milani, *Il Tar Lombardia boccia l'internazionalizzazione 'a senso unico' dell'Università: annullata la delibera del Politecnico che prevedeva l'uso esclusivo dell'inglese per lauree magistrali e dottorati*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it); R. Cifarelli, *la tradizione della lingua italiana e l'esigenza di internazionalizzazione: una convivenza ancora possibile?* in *Giur. merito*, 2013, 2203.

<sup>52</sup> Si è affermato, con riguardo alla vicenda oggetto della pronuncia dei giudici: «lungi dall'internazionalizzare, si tratta, in realtà, di "inglesizzare" l'Ateneo, cioè di indirizzarlo non verso un auspicabile plurilinguismo come richiesto anche dall'Unione europea ma, al contrario, verso una formazione incentrata più che sui contenuti, sul mezzo, lessicalmente e culturalmente molto povero del c.d. "international English", con l'inevitabile effetto non solo di comprimere la libertà di scelta di studenti e docenti (specificamente garantite dagli articoli 33 e 34 della nostra Costituzione) ma anche, almeno nel breve e medio periodo, di abbassare il livello qualitativo dell'insegnamento e dell'apprendimento», cfr. M. A. Cabiddu, *La lingua e il mito (dell'internazionalizzazione)*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

<sup>53</sup> Tali conclusioni paiono conformi ad alcuni commenti alla sentenza quale quello di R. Cifarelli, *la tradizione della lingua italiana e l'esigenza di internazionalizzazione: una convivenza ancora possibile?*, cit. che afferma «L'uso delle lingue straniere, compresa quella inglese, nei

Ricapitolando, da una visione di insieme delle disposizioni in materia di organizzazione della didattica e della ricerca parrebbe emergere una particolare declinazione, in ambito universitario, dei principi di partecipazione ed efficacia.

Anche in questo caso, tuttavia, l'attuazione e specificazione dei principi del servizio pubblico generale in ambito universitario, attraverso misure organizzative e funzionali peculiari, è solo apparente.

Infatti, anche le disposizioni in materia di organizzazione della didattica e della ricerca valgono solo per le università statali ai sensi dell'art. 2, c. 2, l. n. 240/2010.

Così, le caratterizzazioni del principio generale di efficacia (intesa come derivazione della didattica dalla ricerca e come internazionalizzazione), e del principio generale di partecipazione (come approntamento di strutture paritetiche deputate alla valutazione, al controllo ed alla programmazione della didattica), non acquistano valore di regole generali essenziali e necessarie per tutti gli atenei che fanno parte del sistema universitario.

Le soluzioni organizzative richiamate, invece, proprio perché limitate al sistema statale, paiono dirette a soddisfare, in via prevalente anche se non esclusiva, esigenze organizzative proprie degli atenei statali e menzionate più volte dal legislatore: la semplificazione ed il razionale dimensionamento delle strutture<sup>54</sup>. Paradossalmente, quindi, anche con riguardo all'organizzazione della ricerca e della didattica, la riforma ridimensiona il valore giuridico dei principi di efficacia e di partecipazione, introducendo adeguamenti diretti sostanzialmente alla semplificazione ed alla razionalizzazione organizzativa burocratica.

Tale meccanismo, inoltre, produce un'ulteriore conseguenza nella stessa qualificazione delle università come enti che realizzano in maniera combinata ricerca e didattica ai sensi dell'art. 1, c. 1: se tale combinazione acquista (apparentemente) un valore "forte" per le università statali, essa viene depotenziata per le università non statali, ove non si accompagna alla

corsi universitari e tutte le misure di internazionalizzazione sono, pertanto, legittime nella misura in cui non derogano al primato della lingua italiana. Occorre, tuttavia, de iure condendo una ridefinizione dell'insegnamento delle lingue straniere nel quadro (e nella prospettiva) delle risorse sempre più ridotte destinate all'istruzione, avviando una riflessione rigorosa e creativa sulle forme possibili di affiancamento delle lingue straniere alla lingua italiana, anche negli insegnamenti universitari. A tal fine, bisogna monitorare e valutare gli insegnamenti in lingua straniera già attivati negli Atenei italiani, in modo da verificarne gli effettivi impatti sui destinatari e così individuare le migliori pratiche da porre a modello per una complessiva rivisitazione della politica linguistica nel nostro Paese».

<sup>54</sup> Cfr. art. 2, c. 12, l. n. 240/2010.

## il servizio pubblico dell'istruzione universitaria

necessaria concentrazione della didattica e della ricerca nelle medesime strutture<sup>55</sup>.

Le università non statali, quindi, godranno di maggiore libertà e potranno dedicarsi alla divulgazione didattica di risultati scientifici anche integralmente maturati in altre sedi, svolgendo una mera trasmissione (con elaborazione critica minima) delle conoscenze. Per questo, appaiono condivisibili le considerazioni della dottrina che pare affermare che (anche) le misure di riorganizzazione della didattica e della ricerca, così limitate agli atenei statali, non operano proprio nei confronti di quei soggetti per i quali sarebbero state maggiormente necessarie a garanzia dell'efficacia delle prestazioni<sup>56</sup>.

### 4. Le disposizioni in materia di valutazione

Le disposizioni in materia di valutazione sono contenute sia nella l. n. 240/2010, all'art. 5, che reca una delega al Governo per approntare un sistema di valutazione, che nel d.lgs. 27 gennaio 2012, n. 19, che dà attuazione alla delega<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Pare esservi una tendenza contraria rispetto a quella diretta a integrare necessariamente ricerca e didattica sulla quale F Merloni, soprattutto *Autonomia e libertà nel sistema della ricerca scientifica*, Milano, Giuffrè, 1990, oltre alla bibliografia alla nota 42.

<sup>56</sup> Cfr. E. Carloni, *L'organizzazione della didattica e della ricerca*, cit., 366: «In un panorama così differenziato, la legge di riforma interviene con una forte spinta all'uniformità dell'organizzazione degli atenei, ma nel far questo lascia fuori proprio quei "pezzi" del sistema che mostrano maggiori disomogeneità e che meno armonicamente si collocano nel disegno complessivo: col rischio, dunque, di dire troppo per alcune realtà, che meglio avrebbero potuto articolare un proprio modello di autonomia (e che invero si erano mosse spesso in questo senso, sia pure con le carenze di un impianto complessivamente debole sul fronte dell'*accountability*), e troppo poco per altre, che continuano a sviluppare la propria azione ai margini del sistema, godendo di un regime fatto di pochi limiti e di scarsi controlli».

<sup>57</sup> Più precisamente la l. n. 240/2010, all'art. 5, c. 1, lett. a), prevede una delega per il seguente obiettivo: «valorizzazione della qualità e dell'efficienza delle università e conseguente introduzione di meccanismi premiali nella distribuzione delle risorse pubbliche sulla base di criteri definiti *ex ante*, anche mediante previsione di un sistema di accreditamento periodico delle università». Successivamente il medesimo articolo, al c. 3, prevede, tra gli altri, i seguenti principi direttivi: «a) introduzione di un sistema di accreditamento delle sedi e dei corsi di studio universitari di cui all'art. 3 del regolamento di cui al decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca 22 ottobre 2004, n. 270, fondato sull'utilizzazione di specifici indicatori definiti *ex ante* dall'ANVUR per la verifica del possesso da parte degli atenei di idonei requisiti didattici, strutturali, organizzativi, di qualificazione dei docenti e delle attività di ricerca, nonché di sostenibilità economico-finanziaria; b) introduzione di un sistema di valutazione periodica basato su criteri e indicatori stabiliti *ex ante*, da parte del-

Occorre premettere che anche i meccanismi della valutazione possono condurre alla disciplina della attività universitaria attraverso principi generali e ad un'attuazione peculiare, in ambito universitario, dei principi del servizio pubblico generale. Ciò può avvenire nel caso in cui gli indicatori previsti per la valutazione "misurino" il grado di attuazione negli atenei di principi normativi generali o di principi del servizio pubblico.

In altri termini, la valutazione può essere stimolo per l'attuazione dei principi del servizio pubblico (o per una loro particolare caratterizzazione) se questi ultimi sono posti come parametro da applicare o come risultato da raggiungere<sup>58</sup>.

Il valore della valutazione come possibile strumento per la garanzia dei principi del servizio pubblico, inoltre, è accresciuto dalla scelta del legislatore di sottoporre al processo di valutazione non solo le università statali, ma tutti i soggetti del sistema universitario, a differenza di quanto disposto per la *governance* e la organizzazione della didattica e della ricerca<sup>59</sup>. Anche se, come vedremo, non tutti gli effetti della valutazione si applicano alle università non statali<sup>60</sup>.

Venendo a considerare le norme, il decreto legislativo n. 19 prevede tre forme di valutazione.

La prima forma è rappresentata dall'accreditamento iniziale e periodico di corsi di studio e di sedi.

Secondo l'art. 5, c. 2, d.lgs. n. 19/2012, «per accreditamento iniziale (di corsi e sedi) si intende l'autorizzazione all'Università da parte del Ministero

l'ANVUR, dell'efficienza e dei risultati conseguiti nell'ambito della didattica e della ricerca dalle singole università e dalle loro articolazioni interne; c) potenziamento del sistema di autovalutazione della qualità e dell'efficacia delle proprie attività da parte delle università, anche avvalendosi dei propri nuclei di valutazione e dei contributi provenienti dalle commissioni paritetiche di cui all'art. 2, c. 2, lett. g); d) definizione del sistema di valutazione e di assicurazione della qualità degli atenei in coerenza con quanto concordato a livello europeo, in particolare secondo le linee guida adottate dai Ministri dell'istruzione superiore dei Paesi aderenti all'Area europea dell'istruzione superiore».

<sup>58</sup> Sul tema delle finalità e sugli indicatori della valutazione della attività didattica F. Fracchia, *La valutazione dell'attività didattica*, in *Dir. soc.*, 2009, 557.

<sup>59</sup> Si consideri l'art. 3, d.lgs. n. 19/2012, che stabilisce: «1. Le disposizioni del presente decreto si applicano alle istituzioni universitarie italiane, statali e non statali, comunque denominate, ivi compresi gli istituti universitari a ordinamento speciale e le università telematiche, a eccezione delle disposizioni previste dall'articolo 15 che si applicano unicamente alle università statali».

<sup>60</sup> Cfr. l'art. 3, d.lgs. n. 19/2012, che esclude l'applicazione alle università non statali di meccanismi di ripartizione di fondi (gravanti sul Fondo per il Finanziamento Ordinario) legati ai risultati della valutazione periodica di qualità sulla quale vedi *infra*.



## il servizio pubblico dell'istruzione universitaria

ad attivare sedi e corsi di studio. L'accREDITAMENTO iniziale comporta l'accertamento della rispondenza delle sedi e dei corsi di studio agli indicatori ex ante definiti dall'ANVUR».

L'accREDITAMENTO iniziale di corsi e sedi viene concesso dal Ministro su conforme parere dell'ANVUR<sup>61</sup>. Nel caso di accREDITAMENTO iniziale di corsi di studio è previsto un ruolo consultivo di maggiore rilievo ad opera del Nucleo di valutazione<sup>62</sup>. Il parere negativo dell'ANVUR preclude ogni ulteriore fase riguardante l'istituzione della nuova sede o del nuovo corso<sup>63</sup>.

L'accREDITAMENTO periodico segue un modello analogo e si articola in: a) accertamento della persistenza dei requisiti per l'accREDITAMENTO iniziale; b) valutazione relativa ad altri indicatori elaborati dall'ANVUR; c) verifica degli esiti della valutazione periodica della qualità, dell'efficienza e dei risultati conseguiti dagli atenei (verifica che, come vedremo, costituisce la seconda forma di valutazione prevista dal legislatore delegato)<sup>64</sup>.

Anche in questo caso troviamo la partecipazione dei nuclei di valutazione interna<sup>65</sup>. L'esito negativo di quest'ultima forma di valutazione comporta (ad opera del Ministro e su proposta dell'ANVUR) la revoca dell'accREDITAMENTO, con conseguente soppressione della sede o dei corsi di studio<sup>66</sup>.

La seconda forma di valutazione è quella periodica relativa alla qualità, all'efficienza ed ai risultati dell'attività universitaria.

Essa viene realizzata dall'ANVUR sulla base di indicatori elaborati dalla stessa struttura<sup>67</sup> e periodicamente variati. Inoltre «l'attività di monitoraggio sull'applicazione dei criteri e degli indicatori (di cui sopra) è svolta dall'ANVUR secondo criteri e metodologie stabilite dall'Agenzia stessa»<sup>68</sup>. I risultati sono inclusi nel Rapporto sullo stato del Sistema universitario e della ricerca<sup>69</sup>, ma, soprattutto, divengono parametro di riferimento per la

<sup>61</sup> I relativi procedimenti sono disciplinati dagli artt. 7 e 8, d.lgs. n. 19/2012.

<sup>62</sup> Cfr. l'art. 8, c. 4, d.lgs. n. 19/2012.

<sup>63</sup> Cfr. gli artt. 7, c. 7, e 8, c. 9: «Per le sedi esistenti, il mancato accREDITAMENTO iniziale comporta la loro soppressione, con possibilità da parte dell'Anvur di proporre la federazione o fusione delle stesse, secondo quanto stabilisce l'art. 3 della l. n. 240/2010. Analogamente soppressi sono i corsi già attivati che non ottengano l'accREDITAMENTO iniziale». C. Barbatì, *La valutazione del sistema universitario*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 816-820.

<sup>64</sup> Cfr. l'art. 5, c. 3, d.lgs. n. 19/2012.

<sup>65</sup> Cfr. l'art. 9, c. 2, d.lgs. n. 19/2012.

<sup>66</sup> Cfr. l'art. 9, c. 4, d.lgs. n. 19/2012.

<sup>67</sup> Come risulta dal combinato disposto dell'art. 5, c. 3, lett. b), d.lgs. n. 240/2010 e dell'art. 10, d.lgs. n. 19/2012.

<sup>68</sup> Cfr. l'art. 11, c. 1, d.lgs. n. 19/2012.

<sup>69</sup> Di cui all'art. 4, c. 3, d.P.R. 1° febbraio 2010, n. 76; cfr. d.lgs. n. 19/2012, art. 11, c. 2.

attribuzione di incentivi finanziari gravanti sul Fondo di Finanziamento Ordinario<sup>70</sup>.

La terza forma di valutazione è quella di carattere interno. Essa è svolta dai nuclei di valutazione delle università e culmina in una relazione annuale trasmessa al Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, ed all'ANVUR<sup>71</sup>.

Attraverso questa relazione, i nuclei delle università partecipano alla valutazione periodica di qualità svolta dall'ANVUR (controllando la applicazione dei relativi indicatori e supportando lo svolgimento delle relative attività)<sup>72</sup>. Per la realizzazione di questa attività, inoltre, i nuclei di valutazione possono prevedere propri indicatori<sup>73</sup>. Appare di rilievo, poi, la disposizione che stabilisce che le commissioni paritetiche all'interno dei dipartimenti svolgano, nei confronti dei nuclei di valutazione, funzioni di proposta relativamente allo svolgimento delle loro attività<sup>74</sup>.

In questo quadro, la dottrina ha affermato che «il nucleo di valutazione, (...) unifica dunque tutti gli aspetti della valutazione, fornendo elementi anche all'Anvur e diventando così l'«anello di congiunzione» tra le attività di monitoraggio qualitativo svolte dall'Agenzia e gli obiettivi raggiunti dalle università»<sup>75</sup>.

Delineata per sommi capi la disciplina della funzione di valutazione<sup>76</sup> possiamo chiederci se essa dia attuazione peculiare, in ambito universitario, ai principi del servizio pubblico generale.

<sup>70</sup> Cfr. l'art. 15, d.lgs. n. 19/2012, e in particolare il c. 3: «Il Ministero, su parere dell'ANVUR, seleziona gli atenei che hanno ottenuto i migliori risultati e attribuisce, con decreto, sulla base delle risorse complessivamente disponibili, l'incentivo di cui al comma 1 in ordine decrescente, partendo dall'ateneo che ha conseguito il più alto grado di raggiungimento degli obiettivi». Secondo la dottrina tale decreto va «quasi a costruire quella che, di fatto, diventa una “classifica” degli atenei statali. Una conseguenza già sperimentata e in tutta probabilità capace, quando elevata a misura di sistema, di condizionare gli atenei e le loro scelte più di quanto possa la stessa erogazione dell'incentivo finanziario», C. Barbati, *La valutazione del sistema universitario*, cit., 821.

<sup>71</sup> Cfr. l'art. 14, d.lgs. n. 19/2012.

<sup>72</sup> Cfr. l'art. 12, c. 1 e 4, d.lgs. n. 19/2012.

<sup>73</sup> Cfr. l'art. 12, c. 4. Si consideri poi che lo stesso articolo, al c. 1, prevede che i nuclei di valutazione svolgano attività di «verifica dell'adeguatezza del processo di auto-valutazione».

<sup>74</sup> Cfr. l'art. 13, c. 1, d.lgs. n. 19/2012.

<sup>75</sup> C. Barbati, *La valutazione del sistema universitario*, cit., 821.

<sup>76</sup> Si consideri che il Ministero della Istruzione dell'Università e della Ricerca ha emanato il d.m. 30 gennaio 2013, n. 47, recante «Decreto autovalutazione, accreditamento iniziale e periodico delle sedi e dei corsi di studio e valutazione periodica», sul quale C. Barbati, *L'«assicurazione della qualità» nel sistema universitario al tempo di ANVUR*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 701.

## il servizio pubblico dell'istruzione universitaria

A tale fine, come già anticipato, dobbiamo chiederci se il legislatore abbia previsto indicatori o parametri di misurazione collegati alla realizzazione dei principi di servizio pubblico, nell'organizzazione o nelle modalità di funzionamento degli atenei.

Il dato normativo che emerge con chiarezza è che l'elaborazione degli indicatori è totalmente rimessa alla discrezionalità degli organismi ministeriali deputati alla funzione di valutazione<sup>77</sup>.

A ciò si aggiunga che il legislatore non vincola tale discrezionalità a obiettivi giuridici netti, né tantomeno pone direttive normative sostanziali che "orientino" l'elaborazione degli indicatori, ad opera di ANVUR, verso la misurazione del grado di realizzazione della *mission* di servizio pubblico degli atenei. In sostanza, l'ANVUR è totalmente libera di valutare l'attività delle università prescindendo dalla loro caratterizzazione costituzionale di enti di servizio pubblico oggettivo e dai principi di servizio pubblico che dovrebbero garantire la realizzazione della loro funzione istituzionale.

Si consideri a questo riguardo l'art. 6, d.lgs. n. 19/2012, che disciplina la predisposizione degli indicatori per la valutazione relativa all'accredita-

<sup>77</sup> In tal senso C. Barbati, *La valutazione del sistema universitario*, cit., 822: «I principi ai quali l'Anvur è chiamata ad attenersi si risolvono, perciò, in rinvii a clausole generali, formulati in termini tali da rimandare ad altre sedi e, per alcuni di essi, alla stessa Agenzia la definizione delle loro reali implicazioni». Analogamente S. Cassese, *L'Anvur ha ucciso la valutazione. Viva la valutazione!*, in *www.astrid-online.it*, 2013, e in *il Mulino*, 2013, 73: «Le procedure amministrative di attuazione della recente legge universitaria, finora avviate, sono o fondate su esiti di attività dell'Anvur o piene di riferimenti ad atti dell'Anvur o di suoi organismi sussidiari (...). Si sarebbe potuto procedere in modo più trasparente, fissando prima i criteri, discutendoli apertamente, poi applicandoli. Nulla di tutto questo: si sono stabilite scale di merito e si è dato ad esse un valore giuridico scriminante. Le base dati su cui si è proceduto e i criteri selettivi non sono stati resi noti e in molti casi sono stati tenuti nascosti (si veda quanto più avanti si osserva sulle prime cause in materia)». Anche A. Marra, *La valutazione del sistema universitario e il ruolo dell'ANVUR*, in G. Piperata (a cura di), *L'università e la sua organizzazione. Questioni ricorrenti e profili evolutivi*, op. cit., sottolinea l'ampiezza delle competenze dell'ANVUR nelle procedure di valutazione esterna (tra le quali la previsione degli indicatori). La stessa dottrina che ha considerato la delega contenuta nella l. n. 240/2010 pare deporre nel senso della non determinazione di regole sostanziali per l'approntamento degli indicatori della valutazione, cfr. A. Natalini, *La valutazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 376. Idem P. Zuddas, *La valutazione della ricerca scientifica: caratteri efficacia limiti*; F. Fracchia A. Giannelli *La valutazione della didattica come banco di prova per il rinnovamento dell'università*, entrambi in A. Arcari G. Grasso (a cura di), *Ripensare l'università*, cit.; C. Barbati, *Il sistema di valutazione della ricerca*, in M. Brolo, R. De Luca Tamajo (a cura di), *La riforma dell'Università tra legge e statuti*, che sottolinea il pericolo che la non determinazione dei criteri (in un sistema di valutazione ancora in cerca di regole che lo rendano organico e funzionale) si traduca in eterogeneità e non comparabilità degli indicatori e dei parametri.

mento iniziale e periodico dei corsi e delle sedi: il legislatore si limita a prevedere orientamenti normativi di carattere “*procedimentale*” che vincolano l’ANVUR a svolgere le funzioni che le sono attribuite, nel rispetto delle procedure, nell’ambito della sua collocazione istituzionale e amministrativa, e nel rispetto degli atti di programmazione ministeriale<sup>78</sup>.

Anche l’art. 10 del medesimo decreto, che disciplina la predisposizione degli indicatori per la valutazione periodica della qualità della efficienza e dei risultati degli atenei, non fornisce alcun orientamento normativo sostanziale, ma si limita a porre meccanismi procedurali ed a garantire il raccordo tra vari strumenti di programmazione ministeriale e locale<sup>79</sup>.

A questo riguardo, il legislatore impone il canone procedurale della oggettività dei criteri che debbono tradurre «gli standard, le procedure e le linee guida adottate a livello europeo» in parametri oggettivi.

<sup>78</sup> Cfr. d.lgs. n. 19/2012, art. 6: «2. Gli indicatori di cui all’art. 5, c. 2 e 3, elaborati in coerenza con gli standard e le linee guida stabilite dall’Associazione europea per l’assicurazione della qualità del sistema universitario (*Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Association for Quality Assurance in Higher Education – EHEA*), tengono conto degli obiettivi qualitativi definiti ai sensi dell’art. 2, c. 2, d.P.R. 1° febbraio 2010, n. 76, e delle linee generali di indirizzo della programmazione triennale delle università, definite con decreto del Ministro ai sensi dell’articolo 1-ter, d.l. 31 gennaio 2005, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla l. 31 marzo 2005, n. 43, nonché dell’accertamento della sostenibilità economico-finanziaria».

<sup>79</sup> Si consideri il d.lgs. n. 19/2012 all’art. 10: «2. I criteri e gli indicatori, elaborati in coerenza con gli standard e le linee guida stabilite dall’Associazione europea per l’assicurazione della qualità del sistema universitario (*Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Association for Quality Assurance in Higher Education – EHEA*), tengono conto degli obiettivi qualitativi definiti ai sensi dell’art. 2, c. 2, d.P.R. 1° febbraio 2010, n. 76, e delle linee generali di indirizzo della programmazione triennale delle università, definite con decreto del Ministro ai sensi dell’art. 1-ter, d.l. 31 gennaio 2005, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla l. 31 marzo 2005, n. 43.

3. I criteri e gli indicatori di cui al comma 1 traducono gli standard, le procedure e le linee guida adottate a livello europeo in parametri oggettivi, volti a misurare in ogni momento l’efficienza e l’efficacia della didattica e della ricerca messa in atto dai singoli atenei e a stimolare la competitività e la qualità degli stessi.

4. L’attività di cui al c. 1 tiene conto, altresì, dei seguenti principi, connessi al sistema di valutazione definito al presente Capo:

a) omogeneità, in modo da consentirne l’applicazione su tutto il territorio nazionale per il raggiungimento di un livello di qualità uniforme, secondo quanto stabilito dal programma di qualità di cui all’art. 2, c. 2, d.P.R. 1° febbraio 2010, n. 76;

b) capacità di riflettere le attuali tendenze di aggregazione dei corsi e delle strutture universitarie e di diffusione dei risultati della ricerca nel contesto sociale e produttivo;

c) capacità di esprimere coerenza tra la programmazione triennale dell’ateneo e le linee generali di indirizzo emanate dal Ministro ai sensi dell’art. 1-ter, c. 1, d.l. 31 gennaio 2005, n. 7, convertito, con modificazioni, dalla l. 31 marzo 2005, n. 43».

## il servizio pubblico dell'istruzione universitaria

Sempre nell'art. 10 si rinviene una scarsa identificazione del fine della valutazione periodica – garantire efficienza, efficacia, qualità e competitività – che non è sufficiente a collegare gli indicatori alla realizzazione dei principi del servizio pubblico universitario<sup>80</sup>.

Questo quadro non viene mutato dalle prescrizioni che impongono – sia con riguardo all'accreditamento iniziale e periodico sia con riguardo alla valutazione periodica della qualità – l'adeguamento degli indicatori domestici alle «linee guida stabilite dall'Associazione europea per l'assicurazione della qualità del sistema universitario (*Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Association for Quality Assurance in Higher Education – EHEA*)»<sup>81</sup>.

Come è noto, la ENQA, nata per promuovere la qualità delle strutture universitarie in attuazione della raccomandazione del Consiglio di Europa 98/561/EC del 24 settembre 1998 e sviluppatasi nel quadro del Processo di Bologna, ha elaborato nel 2009 una serie di «*Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education Area (ESG)*».

Tali «linee guida» sono indicatori di processo e procedura relativi ai meccanismi di effettuazione della valutazione e non agli obiettivi di servizio pubblico che essa deve garantire. In altri termini, si tratta in gran parte di criteri e metodi per realizzare una valutazione adeguata ed uniforme nell'ambito europeo delle attività universitarie, sia ad opera di strutture interne, sia ad opera di strutture centrali esterne<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Tali conclusioni paiono essere condivise dalla dottrina che afferma: «Solo con riferimento all'attività di valutazione periodica, il d.lgs. n. 19/2012 indica altri criteri quali l'omogeneità, la capacità di riflettere le attuali tendenze di aggregazione dei corsi e delle strutture universitarie e di esprimere coerenza tra la programmazione triennale dell'ateneo e le linee generali d'indirizzo del ministro. I principi ai quali l'Anvur è chiamata ad attenersi si risolvono, perciò, in rinvii a clausole generali, formulati in termini tali da rimandare ad altre sedi e, per alcuni di essi, alla stessa Agenzia la definizione delle loro reali implicazioni», C. Barbati, *La valutazione del sistema universitario*, cit., 822.

<sup>81</sup> Cfr. d.lgs. n. 19/2012, art. 6, c. 2, e art. 10, c. 2.

<sup>82</sup> Cfr. ENQA, *Standards and Guidelines for Quality Assurance in the European Higher Education Area*, in <http://www.enqa.eu/index.php/home/esg/>, soprattutto la parte del documento relativa alla sintesi degli standard europei per l'assicurazione della qualità. Il documento si divide in tre parti: 1. Standard e linee guida europei per l'assicurazione interna della qualità nelle istituzioni di istruzione superiore; 2. Standard e linee guida europei per l'assicurazione esterna della qualità dell'istruzione superiore; 3. Standard europei per le agenzie di assicurazione esterna della qualità.

Nella prima parte, relativa alla valutazione interna troviamo sostanzialmente regole procedurali od al più organizzative, quali ad esempio la previsione *ex ante* di «Linee di indirizzo e procedure per l'assicurazione della qualità», la «approvazione, monitoraggio e revisione periodica di corsi e titoli di studio», la «verifica del profitto degli studenti» e della «qualità dei docenti», la garanzia di «risorse didattiche e sostegno agli studenti».

La scelta dell'ENQA di non determinare ed imporre specifici principi del servizio pubblico universitario attraverso la previsione di linee guida per i processi di valutazione appare condivisibile e coerente. Infatti, in ambito europeo, le regole generali di svolgimento delle attività universitarie (cioè i principi di servizio pubblico) tendono ad emergere dagli atti di *soft law* frutto del c. d. Processo di Bologna<sup>83</sup>, cioè attraverso la azione negoziata degli Stati<sup>84</sup>.

Ancora più evidente è il carattere procedimentale delle linee guida nella seconda parte, relativa alla valutazione esterna, ove si impone la «utilizzazione delle procedure per l'assicurazione interna della qualità», la definizione ex ante delle «finalità», dei «criteri decisionali», della adeguatezza delle procedure. Inoltre i rapporti della valutazione dovrebbero essere «pubblici». Le strutture di valutazione esterna dovrebbero svolgere «analisi sistemiche» e «periodiche».

La terza parte, sulle strutture istituzionali centrali di valutazione esterna, hanno prevalentemente carattere organizzativo. Le agenzie nazionali debbono utilizzare «procedure di assicurazione esterna della qualità», debbono avere un riconoscimento della pubblica autorità, debbono anche «essere indipendenti e risultare autonomamente responsabili del proprio operato», debbono «svolgere regolarmente» le loro attività attraverso «risorse, sia umane che finanziarie, adeguate», debbono «disporre di procedure atte a dimostrare la propria affidabilità». Inoltre «l'attività delle agenzie deve avere obiettivi e traguardi chiari ed espliciti». Infine, i «criteri e processi di assicurazione esterna della qualità adottati dalle agenzie» di norma includono «un'autovalutazione (...) da parte dell'ente oggetto di valutazione; una valutazione esterna ad opera di un gruppo di esperti, eventualmente coadiuvato da uno o più rappresentanti degli studenti, la pubblicazione di un rapporto, (...) una procedura di follow-up per l'esame delle azioni adottate dall'ente sottoposto a valutazione, alla luce delle raccomandazioni contenute nel rapporto».

<sup>83</sup> Sul processo di Bologna cfr. recentemente C. Tubertini, *La riforma dell'Università italiana nel quadro del Processo di Bologna: situazione attuale e prospettive*, in *Amministrativ@mente*, n. 5, 2009; S. Garben, *The Bologna Process: From a European Law Perspective*, in *European Law Journal*, 2010, 186; P. Lažetić, *Managing the Bologna Process at the European Level: institution and actor dynamics*, in *European Journal of Education*, 2010, 549; A. Veiga, *Bologna 2010. The Moment of Truth?*, in *European Journal of Education*, 2012, 378. Si consideri che parte della dottrina rileva (ed auspica) nell'azione comunitaria in materia di istruzione superiore una forma di realizzazione del principio di uniformità, di garanzia della efficacia e della responsabilità sociale. Tale valorizzazione di valori che potremmo considerare di servizio pubblico pare andare oltre il segno tradendo altri valori giuridici quali la differenziazione (culturale, sociale e nazionale) e l'autonomia delle università cfr. T. Kerikmae, L. Roots, *L'eccessivo controllo degli stati membri dell'Ue sul mercato universitario*, in *Foro it.*, 2012, 271.

<sup>84</sup> Per il riparto di competenze tra Unione Europea e Stati membri in materia di istruzione cfr. M. Cocconi, *Il diritto europeo dell'istruzione*, Milano, Giuffrè, 2006, che afferma: «Se infatti la stretta contiguità dei sistemi nazionali di istruzione con l'identità culturale e linguistica degli Stati membri ha indotto il Tr. Ce, agli artt. 149 e 150, a riservare a questi una competenza esclusiva sulla loro organizzazione e i loro contenuti e ad escludere qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative degli Stati, nel contempo il Consiglio europeo, a partire dal 2000, ha progressivamente avvertito l'esigenza di dotare le autorità comunitarie di

## il servizio pubblico dell'istruzione universitaria

La scelta legislativa di non imporre all'ANVUR regole sostanziali per determinare indicatori collegati alla realizzazione di principi del servizio pubblico universitario appare poco comprensibile, anche considerato il fatto che tali regole sono state elaborate da tempo negli atti del Processo di Bologna.

In altri termini, il legislatore avrebbe potuto rinviare ai risultati maturati in sede internazionale, senza neppure compiere uno sforzo di elaborazione o di scelta strategico-politica di orientamenti sostanziali per la formazione dei parametri della valutazione<sup>85</sup>.

strumenti di azione adeguati a situarli in una dimensione internazionale», 10. Più recentemente, con riguardo alle norme relative alle norme del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e sul tema del metodo comunitario del coordinamento delle legislazioni nazionali cfr. F. Caruso, *Le competenze dell'unione europea e degli stati membri in materia di "istruzione"*, in *Dir. soc.*, 2010, 207. Una ricostruzione differente delle competenze comunitarie in materia universitaria sulla scorta degli artt. (successivi al consolidamento del Trattato di Lisbona) 179 (ricerca e sviluppo tecnologico di alta qualità), 180 (azioni di attuazione di programmi di ricerca) e 183 (in tema di partecipazione delle università all'attuazione del programma quadro pluriennale dell'Unione), P. Carrozza, *Università, Europa, Italia: il vento dei tagli alla spesa pubblica e della globalizzazione investe anche l'università*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011, 17.

Per la qualificazione degli atti comunitari in materia di istruzione come atti di *soft law* cfr. G. Laneve, *Istruzione, identità culturale e costituzione: le potenzialità di una relazione profonda in una prospettiva interna ed europea*, in *Federalismi.it*, 2012, 24.

Per le tappe del Processo di Bologna cfr. i vari contributi in C. Finocchietti, D. Giacobazzi, P.G. Palla (a cura di), *Lo Spazio Europeo dell'Istruzione Superiore, Dieci anni dal Processo di Bologna*, Quaderno n. 25 della Rivista *Universitas*, Roma, 2010, e per gli sviluppi futuri i documenti contenuti in C. Finocchietti, M. Foroni, P.G. Palla, M. Sticchi Damiani (a cura di), *Lo spazio europeo dell'istruzione superiore, verso il 2020*, Quaderno n. 25 della Rivista *Universitas*, Roma, 2013.

<sup>85</sup> Come è noto il Processo di Bologna ha avuto origine con una conferenza intergovernativa ed una Dichiarazione del 1999 diretta essenzialmente ad "aprire" uno spazio europeo di istruzione superiore nel quale la formazione impartita in ciascun paese fosse "misurabile" su scala europea e "trasferibile" e "scambiabile" nei centri di formazione di altri paesi. Si leggano gli atti del Processo di Bologna in [http://europa.eu/legislation\\_summaries/education\\_training\\_youth/lifelong\\_learning/c11088\\_it.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/education_training_youth/lifelong_learning/c11088_it.htm).

In questa fase i principi del servizio pubblico universitario si identificano nella efficacia come internazionalizzazione, a sua volta intesa quale sistema di titoli, cicli di formazione e crediti formativi comparabili: ciò avrebbe dovuto aprire alla circolazione dei membri della comunità universitarie e ad una formazione "spendibile" in ambito europeo, il tutto a favorire il progresso sociale ed economico complessivo.

Negli atti successivi i principi di servizio pubblico universitario si articolano ulteriormente. Ad esempio è stato chiaramente affermato il principio di adeguatezza-efficacia come derivazione della didattica dalla ricerca e della interdisciplinarietà. Ma si suggeriscono anche declinazioni pratiche dei principi, come la mobilità degli studenti di dottorato, la coopera-

A questo proposito, si consideri che, nel Processo di Bologna, si è proceduto con decisione a caratterizzare il principio della internazionalizzazione della istruzione superiore, a cui la legge Gelmini aveva dedicato un certo spazio, e che il d.lgs. n. 19/2012 quasi dimentica.

Così, la decisione di attribuire discrezionalità piena alle Amministrazioni chiamate alla valutazione esterna, da un lato, viola gli obblighi assunti in sede internazionale, dall'altro indica la volontà legislativa di non attribuire rilevanza giuridica ai principi del servizio pubblico universitario.

L'unico principio in qualche modo indirettamente valorizzato pare essere quello della partecipazione, attraverso l'attribuzione alle commissioni paritetiche di un ruolo attivo nella valutazione interna, collegata, come abbiamo visto, al processo di valutazione periodica della qualità.

Questa soluzione operativa impone indirettamente alle università non statali, attraverso particolari modalità di valutazione interna, l'organismo delle commissioni paritetiche dipartimentali, che la legge Gelmini aveva imposto solo alle università statali.

Ricapitolando e per concludere, questa configurazione della valuta-

zione degli istituti nei corsi di dottorato, la formazione continua dei giovani ricercatori (cfr. Comunicato di Berlino del 19 settembre 2003 – «*Realizzare lo Spazio europeo dell'istruzione superiore*»).

Successivamente si opera una caratterizzazione sostanziale della efficacia come occupabilità, che pare particolarmente utile per determinare indicatori di valutazione. L'efficacia non si caratterizza più solo per il contenuto della formazione (derivata dalla ricerca universitaria) ma anche per le sue potenziali utilizzazioni professionali. (Cfr. Comunicato di Londra del 18 maggio 2007 – «*Verso lo Spazio europeo dell'istruzione superiore: rispondere alle sfide di un mondo globalizzato*»).

Anche con gli ultimi atti si procede su questa strada con la ulteriore caratterizzazione di principi ormai divenuti "classici". Si pensi al principio di eguaglianza come accessibilità delle prestazioni che diviene addirittura partecipazione dei gruppi "sottorappresentati" alla funzione di istruzione superiore; si pensi ancora alla accessibilità come possibilità di fruizione a programmi di "formazione permanente"; si pensi al principio di occupabilità come necessità di stage e formazioni in azienda; si pensi alla derivazione di didattica e ricerca come garanzia di «prospettive di carriera dei giovani ricercatori (...) maggiormente attraenti». (Cfr. Comunicato di Leuven e Louvain-la-Neuve del 28-29 aprile 2009 – «*Il processo di Bologna 2020 – Lo Spazio europeo dell'istruzione superiore nel nuovo decennio*»).

Da ultimo pare che il processo di Bologna consolidi il concetto di funzione di istruzione superiore come servizio pubblico oggettivo dato il ruolo primario che è attribuito nella realizzazione della *mission* universitario alle comunità di docenti, ricercatori e studenti nel quadro di una attività di regolamentazione generale e soprattutto di supporto di risorse ad opera delle autorità pubbliche. In tale senso pare quasi che il processo di Bologna dia un impulso significativo al principio di sussidiarietà orizzontale come principio del servizio pubblico universitario. (Cfr. Dichiarazione di Budapest e Vienna del 12 marzo 2010 sullo «*Spazio europeo dell'istruzione superiore*»).



## il servizio pubblico dell'istruzione universitaria

zione, che pare costruita attorno alla funzione pratica di ripartire fondi a titolo di incentivo, può realizzare il rischio che l'ANVUR si lasci attrarre da una funzione burocratica di gestione finanziaria del sistema utilizzando indicatori di semplificazione, di efficienza e di razionale dimensionamento delle strutture e non di garanzia della efficacia<sup>86</sup>.

In termini più generali, però, il legislatore, nella disciplina della valutazione, ridimensiona in radice il valore giuridico dei principi del servizio pubblico universitario consentendo alla amministrazione di elaborare indicatori che prescindano totalmente dalla loro realizzazione.

Così, i principi del servizio pubblico universitari vengono degiuridicizzati nella misura in cui cessano di essere parametri necessari di valutazione della *mission* universitaria.

Tale ridimensionamento produce effetto sia nei confronti delle università statali che delle università non statali, entrambe destinatarie del processo di valutazione e dei suoi effetti, quantomeno di *moral suasion*.

In questo quadro il legislatore sacrifica anche il principio di internazionalizzazione nato nel processo di Bologna come principio giuridico cardine attorno al quale fondare tutti gli altri principi del servizio pubblico universitario<sup>87</sup>.

La rimessione integrale alla amministrazione degli indicatori produce inoltre una lesione del più generale principio di pubblicità e trasparenza della complessiva funzione di valutazione e, correlativamente, produce una lesione dei principi di partecipazione ed eguaglianza<sup>88</sup>, oltreché di efficacia, della funzione universitaria.

### 5. Alcune considerazioni conclusive

Dalle considerazioni svolte risulta che il legislatore, nei tre ambiti disciplinari analizzati, ha innovato più di quanto non appaia a prima lettura delle norme. Tuttavia, le innovazioni sono essenzialmente dirette a privare di

<sup>86</sup> La tendenza alla burocratizzazione ed alla iperregolazione del sistema universitario è stata ben definita da S. Cassese *L'Anvur ha ucciso la valutazione. Viva la valutazione!*, cit., e più recentemente da G. Vesperini, *Iperregolazione e burocratizzazione del sistema universitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 947, sui problemi collegati alla crescente rilevanza degli esiti della valutazione per le decisioni finanziarie del ministero cfr. G. Vesperini, *Sulla valutazione della ricerca e il finanziamento delle Università*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 7.

<sup>87</sup> G. Vesperini, *Iperregolazione e burocratizzazione del sistema universitario*, cit.

<sup>88</sup> S. Cassese, *L'Anvur ha ucciso la valutazione. Viva la valutazione!*, cit.

rilevanza giuridico-precettiva i principi del servizio pubblico generale in ambito universitario.

Come abbiamo visto, infatti, alcuni principi, che sembrerebbero acquisire valore di regole generali, risultano, in realtà, derogabili a determinate condizioni. Altri principi, invece, rivestono valore normativo solo per le università statali, in questo modo vengono depotenziati dal legislatore e vengono previsti a garanzia di esigenze organizzative e finanziarie, più che per la piena realizzazione della funzione pubblica.

La tendenza comune è quella di circoscrivere a determinate condizioni o contesti il valore giuridico di vari principi, che, in questo modo, perdono il valore di regole generali essenziali e necessarie per tutti i soggetti che partecipano al sistema universitario.

Occorre a questo proposito considerare che non pare possibile “*recuperare*” il valore giuridico generale delle norme previste per le sole università statali facendo leva sull’art. 1, l. n. 243/1991, che recita: «Le università e gli istituti superiori non statali legalmente riconosciuti operano nell’ambito delle norme dell’articolo 33, ultimo comma, della Costituzione e delle leggi che li riguardano, nonché dei principi generali della legislazione in materia universitaria in quanto compatibili».

Infatti, le regole che abbiamo analizzato non possono essere ritenute principi generali del sistema universitario, perché è la stessa legge Gelmini che ne limita espressamente la applicazione alle università statali e ne esclude il valore giuridico per tutte le altre.

In altri termini, è lo stesso legislatore della riforma ad imporre alle sole università statali – come «principi e criteri direttivi»<sup>89</sup> della *governance* e della organizzazione della ricerca e della didattica – le regole organizzative e funzionali che potevano rappresentare una attuazione peculiare in ambito universitario di principi del servizio pubblico generale.

Altro sarebbe stato, se il legislatore avesse imposto a tutti gli atenei i medesimi criteri e principi direttivi, prescrivendo alle sole università statali particolari modalità di attuazione nella *governance* o nella organizzazione didattica.

È lo stesso legislatore, quindi, che esclude tali criteri e principi dal novero dei «principi generali della legislazione in materia universitaria» applicabili anche alle università non statali<sup>90</sup>.

La conferma di questa ricostruzione complessiva pare provenire dalla disciplina della valutazione, ove i principi del servizio pubblico universita-

<sup>89</sup> Cfr. art. 2, c. 1, l. n. 240/2010.

<sup>90</sup> Cfr. art. 1, l. n. 243/1991.

## il servizio pubblico dell'istruzione universitaria

rio non rivestono rilievo giuridico, perché sono esclusi dal novero dei parametri per misurare l'effettività dei risultati della azione amministrativa.

È possibile affermare, conclusivamente, che nel nostro ordinamento le attività universitarie non si presentano come differenziate in relazione alle singole comunità universitarie, ed in attuazione a significativi margini di autonomia.

Ci si trova di fronte, invece, ad una disciplina “differente” delle università statali rispetto a quelle non statali, quasi a delineare, in prospettiva, un differente statuto organizzativo e funzionale.

Mentre però la regolamentazione organizzativa e funzionale delle università riconducibili all'apparato statale appare sempre più stringente, le università non statali paiono godere di maggiori ambiti di autodeterminazione derivanti, più che dalla loro funzione didattica o di ricerca, dalla loro natura soggettiva di soggetti privati nella loro matrice fondamentale e sostanziale.

Nel medesimo tempo la regolamentazione della università statale appare diretta, più che a garantire la autonomia dei docenti o la funzione socio-culturale delle strutture, a garantire esigenze di segno organizzativo finanziario.

A conferma di ciò sta il fatto che le regole delle università statali non attengono alla *mission* universitaria, ma alla natura di apparati pubblici delle strutture, e, proprio per questo, il legislatore si guarda bene dall'estenderle a soggetti non statali che condividono quella stessa *mission*.

Peraltro, in questo quadro di tendenziale differenza di disciplina si innesta, anche attraverso la funzione di valutazione, la burocratizzazione (e iperregolazione amministrativa) dell'intero sistema la quale, se da un lato intende limitare e rendere più responsabile la distribuzione delle risorse statali, dall'altro coinvolge impropriamente anche soggetti non statali ai margini di tale distribuzione.

Se tutto ciò è vero, in un ipotetico ricorso storico ciclico dell'ordinamento, il servizio pubblico universitario tende ad assumere nuovamente le forme di un servizio pubblico soggettivo. Infatti, l'attività universitaria – pubblica o privata – non è vincolata ad una normativa legislativa comune che la orienti alla realizzazione della sua funzione culturale, sociale ed economica.

Siamo di fronte, invece, ad una attività disciplinata specificamente nei soli casi in cui sia assunta da poteri statali e sia strumentale alla valorizzazione di esigenze della sfera politico-governativa, quali la continuità come “*stabilità di bilancio*”, piuttosto che alla realizzazione degli interessi delle comunità sociali di riferimento.

Non a caso, i nuovi valori normativi delle strutture universitarie statali sono, nel disegno del legislatore, la semplificazione, la sostenibilità finanzia-

ria, il razionale dimensionamento delle strutture, e, solo molto genericamente, il valore dei risultati accademici e di promozione sociale.

In questo contesto, paradossalmente, si apre per le università non statali, al netto della burocratizzazione e iperregolazione, una deregolamentazione legislativa relativa alla *mission* universitaria<sup>91</sup>.

Solo queste ultime università, quindi, risultano maggiormente libere – sul piano della loro funzione di servizio pubblico – di valorizzare la loro vocazione alla realizzazione dei diritti dell'utenza attraverso soluzioni organizzative e funzionali autonome.

Certamente tale autonomia tenderà progressivamente ad essere rimessa più alla responsabilità delle università non statali che non ai vincoli del servizio pubblico oggettivo.

Nel medesimo tempo, viste le considerazioni che precedono, se consideriamo la *ratio* della qualificazione in termini di enti pubblici delle università non statali sulla scorta del fatto che esse «sono regolat(e), (...) dall'ordinamento dell'istruzione superiore (R.d. 31 agosto 1933, n. 1592), e caratterizzat(e) da scopi, struttura organizzativa e poteri amministrativi del tutto analoghi a quelli delle università statali», come fa una giurisprudenza recente, si aprono ampi spazi per la loro uscita dalla sfera pubblica<sup>92</sup>.

### *Abstract*

*This paper deals with the discipline of university, as modified by the «Gelmini Reform» and by the Legislative Decree n. 19 of 2012. Firstly, the Author pinpoints the fundamental principles of public service that are contained in these laws, such as the principles of uniformity, equality, efficacy and accountability, etc. Secondly, the essay examines how those principles regarding public service are applied, trying to detect the differences between state and non-state universities. Finally, the Author analyses the new conception, in Italian law, of university public service, which is becoming a “subjective” public service rather than an “objective” public service.*

<sup>91</sup> Questo pare essere il senso non letterale delle affermazioni di A. Banfi, *Prima che la nave affondi: un rapido bilancio della riforma dell'Università e qualche possibile intervento correttivo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 548: «La l. n. 240/2010 è infatti un provvedimento iper-regolante, nel quale tuttavia ad ambiti iper-regolati si alternano altri spazi non o sotto-regolati, che contribuiscono a fare dell'imponente costruzione della Riforma un edificio per più versi pericolante».

<sup>92</sup> Cass., sez. un., n. 5054/2004, cit.

MONICA COCCONI

GLI INCENTIVI ALLE FONTI RINNOVABILI  
E I PRINCIPI DI PROPORZIONALITÀ  
E DI TUTELA DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO

SOMMARIO: 1. Il fondamento dei regimi di sostegno alle fonti rinnovabili e le ragioni della preferenza dell'ordinamento europeo per i meccanismi di mercato. – 2. Il quadro normativo europeo. – 3. Le tipologie di regimi di sostegno. – 4. I limiti dei meccanismi quantitativi: la negoziazione dei certificati verdi. – 5. I pregi degli strumenti basati sul prezzo dell'energia: le tariffe incentivanti. – 6. L'incertezza e la lesione dell'affidamento nei meccanismi basati sull'iscrizione ai registri. – 7. Le questioni irrisolte: il livello ottimale degli incentivi, la copertura dei costi del sostegno e la tutela dell'affidamento degli investitori.

**1. Il fondamento dei regimi di sostegno alle fonti rinnovabili e le ragioni della preferenza del legislatore per i meccanismi di mercato**

Il raggiungimento degli obiettivi europei di aumento della percentuale di consumo finale di fonti rinnovabili, previsti, dalla dir. 2009/28/CE, per rispettare gli obblighi internazionali di riduzione delle emissioni nocive discendenti dal rispetto del Protocollo di Kyoto del 7 dicembre 1997, è attualmente affidato, dagli Stati membri, all'adozione di regimi nazionali di incentivazione.

Si tratta di meccanismi riconducibili senza alcun dubbio, sotto il profilo concettuale, alla nozione giuridica di incentivazione ossia, secondo un'autorevole definizione, alla previsione normativa di un beneficio diretto a stimolare il compimento di un'attività economica, collegandone l'attribuzione al suo effettivo svolgimento (ed, eventualmente, ai risultati da questa prodotti)<sup>1</sup>. Di regola l'incentivo è erogato, altresì, per favorire lo svolgimento

<sup>1</sup> Ci si riferisce alla risalente nozione giuridica di incentivazione elaborata ricavabile dal noto scritto di G. Guarino, *Sul regime costituzionale delle leggi di incentivazione e di indirizzo* (1961), ora in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e di diritto dell'energia*, Milano, Giuffrè, 1962, 132 in cui è presente anche un terzo carattere ossia il fatto che l'attività sollecitata, in assenza

di un'attività economica che, qualora il vantaggio economico non fosse riconosciuto, non sarebbe economicamente conveniente per il soggetto privato.

La necessità di questi regimi, al fine di accrescere la produzione di fonti rinnovabili, ravvisa il proprio fondamento, nelle basi giuridiche della politica energetica europea (art. 194 TFUE), nei vantaggi non monetizzabili associati alla loro produzione. Si allude, più specificamente, alla tutela ambientale, attraverso la stabilizzazione della concentrazione dei gas ad effetto serra nell'atmosfera ed alla sicurezza dell'approvvigionamento, attraverso la riduzione della dipendenza degli Stati europei dall'importazione di idrocarburi.

Questi vantaggi potrebbero essere qualificabili come *i fini ultimi* dell'incentivazione ossia i fini a cui è diretta, a sua volta, l'attività economica (*fine immediato*) il cui svolgimento è promosso dall'erogazione di incentivi<sup>2</sup>.

Sia la scienza economica<sup>3</sup> sia quella ecologica<sup>4</sup>, infatti, hanno constatato che il funzionamento del mercato, senza correttivi pubblici, non riesce a valorizzare in modo adeguato tali esternalità positive ovvero i vantaggi per

di incentivo, non sarebbe stata compiuta o sarebbe compiuta con forme o in quantità diverse da quelle ritenute più confacenti all'interesse collettivo; sulla nozione giuridica di incentivo si v. anche S.Valentini, *L'attività di incentivazione: tipologie e funzioni*, in *La regolamentazione giuridica dell'attività economica*, in *Atti del Convegno nazionale di studi organizzato dall'Istituto di diritto pubblico della Facoltà di economia e commercio dell'Università degli studi di Torino*, 13-15 giugno 1985, pubblicati a cura di C. Ferrari, Milano, Giuffrè, 1987, 237; M. Luciani, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. it.*, 2007, 2089. Occorre precisare, in questa sede, anche i confini della nozione di incentivo con la nozione giuridica, in parte sovrapponibile, di sovvenzione, dato che non vi è una perfetta equivalenza fra le due. Infatti, mentre il concetto di incentivo è sempre associato alla richiesta di un comportamento specifico da parte del destinatario, lo stesso non costituisce un elemento essenziale delle sovvenzioni. Queste infatti possono essere erogate anche al semplice fine di agevolare soggetti che per varie ragioni si trovino in condizioni disagiate. Nello stesso tempo anche gli incentivi possono assumere forme differenti dalle sovvenzioni, ad esempio quando si concretizzano nella fiscalizzazione degli oneri sociali. Sul tema si v. G. Pericu, E. Croci, *Sovvenzioni (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, XLIII, 244; G. Pericu, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, I, Milano, Giuffrè, 1967, 236; più di recente si v. B. Lubrano, *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo: profili teorici ed evoluzione storica nel contesto del diritto europeo*, Torino, Giappichelli, 2008.

<sup>2</sup> Per la distinzione fra scopi immediati e scopi ultimi o mediati, si v. ancora M. Luciani, cit., 2093.

<sup>3</sup> Si v., in tal senso, P. Ranci (a cura di), *Economia dell'energia*, Bologna, il Mulino, 2011.

<sup>4</sup> Emblematico, nell'evidenziare i fallimenti del mercato nel raggiungimento degli obiettivi di tutela ambientale, è il volume di M. Bresso, *Per un'economia ecologica*, Roma, Carocci, 2002.

## gli incentivi alle fonti rinnovabili

l'ambiente e la sicurezza geo-politica associati alla produzione di energia da fonti rinnovabili.

Tale incapacità del mercato giustifica e rende necessario, pertanto, il ricorso a meccanismi di incentivazione che devono tuttavia essere coerenti, a livello europeo, con il rispetto della disciplina comunitaria in materia di concorrenza e di aiuti di Stato e, a livello internazionale, con le norme dell'Organizzazione Mondiale del Commercio sulle sovvenzioni<sup>5</sup>.

Finalità comune di tutti i regimi di supporto introdotti dagli Stati nazionali, in ottemperanza agli obblighi europei di aumento del quantitativo del consumo finale di tali forme di energia, è quella di introdurre la variabile ambientale quale fattore necessariamente da considerare nei comportamenti degli attori economici diretti alla produzione di tali fonti di energia.

Occorre anticipare che l'ordinamento europeo, fra le possibili tipologie di interventi di incentivazione, non ha ritenuto adeguato, di regola, il ricorso esclusivo a poteri e funzioni amministrative (cd. strumenti di *command and control* quali: atti di pianificazione, imposizione di limiti, autorizzazioni, sanzioni amministrative). La disciplina europea propende in effetti, a tal fine, per l'introduzione di strumenti di mercato come l'erogazione di incentivi o lo scambio di certificati rappresentativi di quantitativi di produzione, sia pur indirizzati e supportati dall'esercizio del potere pubblico<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Si v., su tale versante, P.D. Farah, E. Cima, *L'energia nel contesto degli accordi dell'OMC: sovvenzioni per le energie rinnovabili e pratiche Opec di controllo dei prezzi*, in *Diritto del commercio internazionale*, fasc. 2, 2013, 343; L. Rubini, *The subsidization of Renewable Energy in the WTO: Issues and Perspectives*, Working Paper n. 2011/321, giugno 2011. La giurisprudenza evidenzia una sempre maggior apertura da parte dell'Organizzazione Mondiale del Commercio nei confronti di valori non direttamente legati al commercio, quali in particolare la tutela dell'ambiente. Il caso Canada-Renewable Energy (Canada-Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector, DS412) riguarda un programma di tariffe incentivanti o *feed in tariffs* (il cosiddetto FIT Program) adottato nel 2009 dalla Provincia canadese dell'Ontario, che fornisce prezzi a lungo termine per la produzione di energia rinnovabile generata da impianti contenenti una determinata percentuale di materiali e tecnologie nazionali. Il Giappone ha ritenuto che tale programma violasse gli Articoli 3.1 e 3.2 dell'ASCM (*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*), a causa della su accennata percentuale, richiesta quale condizione per beneficiare delle sovvenzioni. Tuttavia il panel ha ritenuto che il programma canadese non costituisse una sovvenzione ai sensi dell'art. 1 dell'Accordo, rigettando quindi il ricorso.

<sup>6</sup> Da ultimo la Commissione, nella Comunicazione *Realizzare il mercato interno dell'energia elettrica e sfruttare al meglio l'intervento pubblico* COM (2013) 7243 final, ha ribadito tale preferenza per i regimi di sostegno fondati su meccanismi di mercato. Per un'analisi articolata dei benefici discendenti dal ricorso a strumenti di mercato per conseguire gli obiettivi di tutela ambientale si v. *Il Libro Verde sugli strumenti di mercato utilizzati a fini di politica ambientale e ad altri fini connessi* (COM (2007) 140, 28 marzo 2007; si v. altresì la Comunicazione

Si tratta peraltro comunque, a parere di chi scrive, di strumenti rientranti senza alcun dubbio, nel nostro ordinamento nazionale, nell'estesa latitudine degli interventi che possono essere svolti dai poteri pubblici perché l'attività economica privata sia «indirizzata» e «coordinata» ai sensi dell'art. 41 Cost. che non si esauriscono in strumenti autoritativi<sup>7</sup>.

Le ragioni di tale preferenza che via via si sta affermando, più in generale, anche in quella parte della scienza del diritto amministrativo impegnata nello studio dell'ambiente<sup>8</sup>, sono essenzialmente due.

Il ricorso a tali strumenti è privilegiato, in primo luogo, rispetto all'utilizzo di dispositivi provvedimentali cd. di comando e controllo, perché presenta il vantaggio di utilizzare, al fine di ovviare alle debolezze del mercato, i suoi stessi segnali, ovvero quelli dei prezzi; si affida a questi, in altre parole, il compito di assegnare un reale valore ai costi non monetizzabili sostenuti con l'esercizio di attività economiche.

L'emersione di tali segnali attiva in effetti, negli operatori economici, un processo di apprendimento, che rappresenta una condizione essenziale per intraprendere politiche ambientali di qualità a costi sostenibili<sup>9</sup>. Gli attori economici, infatti, agendo secondo la propria convenienza, tengono conto di tali segnali nel modificare i loro comportamenti al fine di massimizzarne gli effetti positivi sull'ambiente o ridurre gli esiti nocivi.

Tali meccanismi consentono, altresì, una maggior diversificazione delle misure da attuare in relazione alla varietà delle condizioni ambientali e produttive e offrono alle imprese una maggiore flessibilità nella scelta dei modi per conseguire gli obiettivi ambientali<sup>10</sup>.

della Commissione europea, *Conciliare bisogni e responsabilità. L'integrazione delle questioni ambientali nella politica economica*, 20 settembre 2000 (COM (2000) 576 def., § 3 in particolare.

<sup>7</sup> Per la prospettiva interpretativa volta a considerare in un'estesa latitudine gli interventi pubblici diretti a indirizzare e coordinare l'attività economica privata, ai sensi dell'art. 41 Cost., comprendendo anche quelli non autoritativi, si v. M. Luciani, *La produzione economica privata*, 5.

<sup>8</sup> In tal senso si v. M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2007; anche S. Nespore, *I contratti ambientali: una rassegna critica*, in *Dir. pubbl. com. ed eur.*, 2003, 962.

<sup>9</sup> Si v. in tal senso M. Cafagno, cit., spec. 336: «le politiche degli interventi pubblici assumono di conseguenza i connotati di ipotesi da verificare più che di soluzioni conclusive, tanto più centrali devono allora considerarsi il monitoraggio e la raccolta dell'informazione, i soli strumenti che permetteranno l'azione di graduale rettifica, man mano che l'esperienza si accumula in questa luce, il controllo ed una coerente condivisione delle conoscenze, purché affrancati dalla mera propedeuticità alla repressione degli abusi, assumono la funzione nevralgica di motori di apprendimento».

<sup>10</sup> Sui benefici e gli svantaggi del ricorso a strumenti di mercato per conseguire fina-



## gli incentivi alle fonti rinnovabili

Dalle misure di comando e controllo, viceversa, discendono effetti predefiniti per i destinatari il cui raggiungimento è affidato ad una disciplina procedurale altrettanto rigida; la loro introduzione, pertanto, scoraggia o comunque non promuove, da parte degli attori economici, la ricerca di soluzioni migliorative, in grado di ottenere obiettivi ambientali più elevati di quelli imposti dalla normativa<sup>11</sup>.

L'utilizzo di meccanismi di mercato, infine, mette gli attori economici maggiormente in grado di diminuire i costi da questi complessivamente sostenuti per adeguarsi alla normativa ambientale o di ricercare soluzioni migliori per rispettarle. Al tempo stesso incentiva le imprese ad impegnarsi nello sviluppo tecnologico per individuare le soluzioni più innovative al fine di ridurre sempre più gli effetti negativi sull'ambiente della propria attività.

La preferenza per tali strumenti, tuttavia, non esclude ma anzi impone, come si vedrà in seguito, la necessità di un quadro normativo che non solo li contempli ma definisca, altresì, gli interessi pubblici specifici che questi devono raggiungere. Il ricorso a meccanismi di mercato non significa quindi, in realtà, un affidamento esclusivo alle dinamiche mercantili dei beni da tutelare: l'utilizzo di strumenti economici, infatti, è concepito dal legislatore a stretto supporto della disciplina normativa che li introduce e ne contempla le finalità.

Questo avviene perché gli obiettivi delineati dalla disciplina europea sono vincolanti per gli Stati membri e la legislazione che ne impone il raggiungimento, attraverso misure contemplate nella pianificazione nazionale di settore, assume una valenza precettiva.

Più che un rapporto di mutua esclusione, dunque, la relazione fra strumenti di mercato e disciplina legislativa si configura come una stretta sinergia e mescolanza che rende preferibile l'utilizzo congiunto di entrambi gli strumenti. Se infatti il raggiungimento dell'interesse pubblico appare affidato a strumenti privatistici, le dinamiche del mercato sono supportate e regolate, tuttavia, da interventi pubblici di differente incisività.

Non si assiste, quindi, ad una recessività della disciplina ambientale diretta al raggiungimento dell'interesse pubblico ma, piuttosto, a una sua espansione diretta a definire i vincoli a cui è soggetto il funzionamento degli

lità ambientali, si v. M. Cafagno, *Strumenti di mercato a tutela dell'ambiente*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2011, 181. M. Clarich, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. Pubbl.*, 2007, 219; più di recente, si v. F. Mastragostino (a cura di), *Gli strumenti economici e consensuali del diritto dell'ambiente*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011.

<sup>11</sup> Sui limiti delle misure di comando e controllo per raggiungere gli obiettivi di tutela ambientale si v. W.J. Oates, *The Theory of Environmental Policy*, 2 ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1988.

strumenti di mercato e i fini che questi devono ottenere. Non si verifica neppure, in realtà, un declino del diritto amministrativo ma piuttosto, come si vedrà, un rinnovamento profondo delle sue modalità d'azione, a stretto supporto ma non a supplenza degli strumenti privatistici.

Tali interventi pubblici, tuttavia, non devono introdurre vincoli irragionevoli che limitino la capacità del mercato, seppur artificialmente creato, di offrire segnali efficienti per lo sviluppo della generazione di energia da fonte rinnovabile o che ledano il legittimo affidamento degli operatori economici circa il profitto generato dal loro investimento. Il funzionamento del mercato artificiale dev'essere mosso, tendenzialmente, dalle regole della concorrenza e della *par condicio* degli operatori economici, senza distorsioni irragionevoli tanto più nocive per il fatto di intervenire quando il mercato stesso non ha ancora elaborato parametri autonomi e sedimentati di valutazione<sup>12</sup>.

In caso contrario la regolamentazione attraverso il mercato non solo non funziona ma annulla la stessa *ratio* e il fondamento stesso della scelta di affidarsi a leggi economiche. L'intervento pubblico infatti, anziché correggere le debolezze del mercato supportandolo nell'utilizzare i suoi stessi segnali, rischia di annullare gli stessi benefici insiti nel ricorso a strumenti del mercato.

La finalità di questo scritto è appunto quella di verificare fino a che punto l'intervento pubblico in tale ambito abbia sostenuto in modo virtuoso il mercato, in modo da indurlo a correggere i suoi fallimenti o se, in taluni casi, si sia spinto indebitamente oltre, sostituendosi al mercato stesso; si cercherà di valutare, inoltre, se il susseguirsi di nuovi regimi di incentivazione, che talora hanno influito sulla durata prevista di quelli già vigenti, abbia leso aspettative degli operatori economici meritevoli di tutela; si indicheranno, infine, i possibili correttivi da introdursi affinché gli strumenti di mercato permettano di raggiungere il livello ottimale di incentivazione.

L'indagine sul tema richiederà necessariamente l'utilizzo di un approccio metodologico interdisciplinare in cui le nozioni della scienza economica costituiranno il contesto concettuale nel quale situare l'analisi giuridica diretta ad individuare i modi e gli strumenti più adeguati dell'intervento pubblico in tale settore<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Per una riflessione in tal senso si v. F. Mastragostino (a cura di), *Gli strumenti economici e consensuali del diritto dell'ambiente*, cit., 8.

<sup>13</sup> Per la fecondità di un approccio metodologico di questo tipo sia consentito il rinvio a M. Cocconi, *La scienza del diritto amministrativo e l'utilizzo delle altre scienze sociali*, in E. Chiti, R. Perez, A. Sandulli, L. Torchia, *La scienza del diritto amministrativo nella seconda metà del XX secolo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, 269.

## 2. Il quadro normativo europeo

L'introduzione di un'azione di promozione delle fonti rinnovabili, da parte del legislatore europeo, è coinciso con il processo di liberalizzazione del settore ed è avvenuto, per la prima volta, con la direttiva 2001/77/CE, poi abrogata con l'entrata in vigore della direttiva 2009/28/CE. Tali discipline definiscono il quadro normativo generale di promozione della produzione di energia rinnovabile ma affidano agli Stati membri la predisposizione e la scelta dei meccanismi nazionali di incentivazione (25 considerando dir. 2009/28/CE)<sup>14</sup>.

Differenti risultano, infatti, i potenziali degli Stati membri in materia di generazione di energia rinnovabile: risulta quindi determinante, per il legislatore europeo, che «i costi» e «gli effetti» dei regimi di sostegno nazionali siano adeguati a questi. La disciplina europea si limita, dunque, a favorire il sostegno transfrontaliero alla generazione di tali forme di energia senza compromettere indebitamente l'autonomia degli Stati nella scelta dei regimi di sostegno nazionali.

Per la verità, al fine di attivare i meccanismi di cooperazione fra gli Stati membri contemplati dalla direttiva 28/2009/CE era stato istituito, dalla Commissione europea, un tavolo di lavoro con il coinvolgimento di tutti gli Stati. L'obiettivo era quello di definire Linee guida dirette a favorire il miglioramento dei regimi nazionali di sostegno nel senso di eliminare barriere e cercare soluzioni per rendere effettivi i meccanismi di cooperazione.

Questi tavoli erano concepiti dalla stessa Commissione come veri e propri sistemi di *trading*, ossia meccanismi che dovevano permettere ai Paesi di raggiungere effettivamente i propri obiettivi a costi sostenibili; nella realtà, tuttavia, l'avvio di quest'iniziativa ha avuto ben scarsa applicazione, mantenendo a livello nazionale l'effettivo baricentro delle politiche di incentivazione.

La presenza di regimi nazionali di sostegno è resa ancor più obbligata dall'imposizione agli Stati membri, in sede europea, della quota di consumo finale del 20% di energia rinnovabile nel contesto del cd. «pacchetto clima» per il 2020, composto da direttive e altri atti comunitari finalizzati anche al raggiungimento di un obiettivo di riduzione delle emissioni di gas serra (20% rispetto al 1990) e di un obiettivo di efficienza energetica (20% di risparmio rispetto al momento dell'approvazione).

<sup>14</sup> Sul tema, *amplius*, B. Pozzo (a cura di), *Le politiche energetiche comunitarie. Un'analisi degli incentivi allo sviluppo delle fonti rinnovabili*, Milano, Giuffrè, 2009.

Il ricorso a tali strumenti è concepito dalla disciplina europea come *necessario* e, al tempo stesso, come *provvisorio*, nel senso che è obbligato finché lo sviluppo delle tecnologie per la generazione di energia da fonti rinnovabili e delle infrastrutture di rete comporti una diminuzione dei costi per tali forme di energia e le renda competitive con le altre, senza il sostegno di regimi d'incentivazione. Tale riduzione dovrebbe permettere il traguardo della cd. *grid parity* ovvero l'equiparazione fra i costi sostenuti per l'installazione d'impianti di energia rinnovabile rispetto ad altri sistemi di generazione di elettricità<sup>15</sup>.

Non appare casuale che la scienza giuridica, proprio in considerazione del carattere normalmente derogatorio delle discipline d'incentivazione rispetto al funzionamento del mercato secondo una logica concorrenziale, ne abbia sempre prospettato l'esigenza di temporaneità. Tale carattere è sempre stato ritenuto necessario unitamente all'applicazione del principio di ragionevolezza che impone la persistenza di un nesso costante fra i meccanismi posti in essere dal legislatore e gli scopi sociali perseguiti attraverso l'erogazione di incentivi, ai sensi dell'art. 41 Cost.<sup>16</sup>.

La stessa Commissione europea<sup>17</sup>, di recente, ha evidenziato l'opportunità che gli Stati membri si adoperino affinché gli interventi di sostegno alla produzione di energia rinnovabile siano conformi all'obiettivo perseguito e non vadano oltre quanto sia necessario per raggiungerlo, nella rigorosa applicazione del principio di proporzionalità. In tale ottica se ne prospetta una durata necessariamente limitata nel tempo e la loro immediata cessazione quando siano conseguiti i risultati voluti dal legislatore europeo e la produzione di fonti rinnovabili diventi effettivamente conveniente per gli operatori economici.

La cessazione dell'intervento pubblico incentivante non è imposta, in tale prospettiva, unicamente per il venir meno della ragione insita nella disciplina che li contempla (*cessante ratione legis cessat et ipsa lex*) o perché sono stati raggiunti i fini sociali che, ai sensi dell'art. 41 Cost., legittimano l'indirizzo e il coordinamento dell'attività economica privata, anche in un settore liberalizzato. Il venir meno dell'intervento pubblico risulta ancor più obbli-

<sup>15</sup> Tale termine fu coniato da Winfried Hoffman del 1998. Vi sono diversi livelli di equiparazione, se il primo si riferisce ai meri costi di installazione degli impianti, il secondo livello viene raggiunto quando l'impianto a fonte rinnovabile diviene competitivo con il prezzo dell'energia sul mercato «*retail*» ed il terzo con quello sui mercati all'ingrosso.

<sup>16</sup> Si v. in tal senso Rigano, *Le leggi promozionali nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. it.*, 1999, 10 dell'estratto.

<sup>17</sup> Si v. Comunicazione della Commissione, *Realizzare il mercato interno dell'energia elettrica*, cit., 11.

## gli incentivi alle fonti rinnovabili

gato, in tal caso, perché la sua prosecuzione risulterebbe distorsiva del funzionamento del mercato europeo integrato dell'energia elettrica e violerebbe la disciplina europea sugli aiuti di Stato. Sulla base di questa, infatti, l'erogazione di incentivi alle fonti rinnovabili è, ad alcune condizioni<sup>18</sup>, legittima (artt. 92 e 93, par. 1, del Trattato che istituisce la Comunità europea, ora 108, par. 1, TFUE) perché in grado di ottenere risultati ambientali non conseguibili attraverso il solo funzionamento del mercato e il rispetto delle regole della concorrenza (art. 87 e 88, paragrafo 3 del TCE)<sup>19</sup>. In presenza di tali condizioni questi sono esenti dall'obbligo di notifica e il potere della Commissione di inibirne l'erogazione risulta rigorosamente limitato<sup>20</sup>.

Giova mettere in luce che anche gli atti di erogazione di incentivi assumono, per una parte della scienza giuridica, un profilo autoritativo, anche se unicamente indiretto. Benché infatti non abbiano effetti imperativi per coloro che ne beneficiano, li producono in chi appartiene alla stessa categoria e ne viene escluso, incidendo sulla sua libertà d'iniziativa economica<sup>21</sup>.

Nello stesso tempo la necessità del sostegno pubblico discende, altresì, dalla mancata inclusione delle esternalità negative per l'ambiente nelle ta-

<sup>18</sup> Alla luce del Regolamento (CE) n. 800/2008 della Commissione (6 agosto 2008) che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli artt. 87 e 88 del trattato, gli aiuti agli investimenti per la tutela dell'ambiente per promuovere la produzione di energia da fonti rinnovabili sono compatibili, ai sensi dell'art. 23, con il mercato comune ai sensi dell'art. 87, paragrafo 3 del trattato e esenti dall'obbligo di notifica di cui all'art. 88, paragrafo 3, del trattato, purché l'intensità dell'aiuto non superi il 45 % dei costi ammissibili. Tali costi corrispondono ai sovraccosti sostenuti dal beneficiario rispetto ai costi connessi ad un centrale elettrica tradizionale di pari capacità in termini di produzione effettiva di energia.

<sup>19</sup> Sulla necessità di aiuti pubblici nel settore delle fonti rinnovabili, al fine di evitare gli effetti negativi, per la società, dell'eventualità che i produttori e i consumatori di elettricità ignorino il costo dei danni ambientali, si v. Comunicazione della Commissione, *Realizzare il mercato interno*, cit., 8.

<sup>20</sup> Sul divieto di aiuti di Stato quale limite condizionato si v. G. Della Cananea, *Il ruolo della Commissione nell'attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli aiuti statali alle imprese*, in *Riv. it. dir. pubbl. CE*, 1993, 404-5; S. Battini, *Gli aiuti pubblici alle imprese*, in A. Massera (a cura di), *Ordinamento comunitario e pubblica amministrazione*, Bologna, il Mulino, 1994, 300-2; J.A. Winter, *Re(de)fining the notion of State aids in article 87 of the EC Treaty*, in *Common market law review*, 2004, 475; I. Borello, S. Cassese, E. Chiti, *Il mercato interno e le politiche dell'Unione europea*, in S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2012, 56; G. Della Cananea, *Le «diseguaglianze sostenibili» nella disciplina della concorrenza e del sostegno alle imprese*, in F. Astone e altri (a cura di), *Le diseguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, Torino, Giappichelli, 2006, 59-60; G.L. Tosato, *La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato tra economia di mercato e interessi generali*, in C. Pinelli, T. Treu (a cura di), *La costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, il Mulino, 2010, 249.

<sup>21</sup> Si v. D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino, 2007, 103.

riffe elettriche dell'energia convenzionale (27 considerando dir. 2009/28). Fino a quando, infatti, le tariffe elettriche presenti nel mercato interno non mostreranno compiutamente i costi ambientali e sociali delle fonti convenzionali e, nel contempo, i vantaggi delle fonti energetiche rinnovabili, queste non potranno competere, per il legislatore europeo, alle stesse condizioni di offerta.

L'aumento del prezzo dei combustibili fossili e l'inclusione del prezzo del carbonio all'interno di quello dell'energia elettrica per esplicitare i costi sopportati dall'ambiente favorirebbero, dunque, il raggiungimento della *grid parity*.

In questa direzione, sia il G20<sup>22</sup> sia il Consiglio europeo<sup>23</sup>, a suo tempo, hanno rinnovato un appello diretto ad abolire gradualmente le sovvenzioni a favore dei combustibili fossili entro il 2020.

Al tempo stesso la disciplina europea evidenzia che l'efficacia complessiva delle politiche di promozione non si esaurisce nell'introduzione di regimi d'incentivazione ma investe la qualità della legislazione, la semplificazione dei procedimenti amministrativi, l'adeguamento della rete nazionale di distribuzione e, infine, i possibili ostacoli alla localizzazione degli impianti sul territorio (art. 23, comma 2, dir. 28/2009). La scarsa qualità della normazione, la presenza di limiti insiti nei procedimenti autorizzatori, nell'insufficienza della rete nazionale o nell'integrazione degli impianti nel paesaggio, invero, è in grado di escludere i benefici discendenti, per la generazione di energia rinnovabile, dall'adozione di regimi di sostegno.

Assimilabili agli incentivi, infine, sono le priorità assicurate in alcuni Stati agli impianti alimentati a fonti rinnovabili per favorire la loro integrazione nella rete di distribuzione elettrica. Il contesto normativo del nostro Paese, ad esempio, prevede una serie di norme dirette ad agevolare la connessione alla rete elettrica nazionale degli impianti alimentati da fonte rinnovabile<sup>24</sup>. Lo stesso «principio di priorità» per quanto riguarda la connessione degli impianti alimentati a fonti rinnovabili rispetto a quelli funzionanti con fonti convenzionali è contemplato dalla disciplina tedesca (§ 5 I EEG)<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Si v. la Dichiarazione dei leader del G20 al Vertice di Pittsburgh (settembre 2009), al Vertice di Toronto (giugno 2010) e del gruppo di ricerca del G20: rapporto definitivo di conformità del G20 di Cannes, 2011.

<sup>23</sup> Si v. le conclusioni del Consiglio del 22 maggio 2013.

<sup>24</sup> Si contemplava anzitutto, già dal cd. decreto Bersani, che le energie rinnovabili godano di priorità sia nell'allacciamento alla rete di trasmissione (art. 10, comma 4, d.lgs. n. 79/1999) sia di precedenza nel dispacciamento (art. 1, comma 4, d.lgs. n. 79/1999).

<sup>25</sup> Si v., in tal senso, *amplus*, S. Rupprecht, *Disciplina delle energie rinnovabili in Germania*,

## gli incentivi alle fonti rinnovabili

Molto più discusso, allo stesso fine, è risultato il meccanismo del *capacity payment* ovvero la forma di contributo pubblico destinato a coprire i costi sostenuti per assicurare l'adeguatezza del sistema elettrico nelle situazioni che vedono la produzione di fonti intermittenti discostarsi dalle previsioni. Tale contributo, di recente, è stato erogato a favore delle centrali termoelettriche per compensare i danni prodotti a causa dello sviluppo delle fonti rinnovabili, di regola caratterizzata dall'imprevedibilità e discontinuità di generazione<sup>26</sup>.

L'erogazione d'incentivi non è dunque l'unica strategia che gli Stati membri devono intraprendere per ottenere le percentuali di consumo finale di energia da fonti rinnovabili imposte a livello europeo, ma è necessario agire su più fronti, sia quello della disciplina normativa sia quello dell'efficienza del sistema amministrativo.

La stessa disciplina europea, tuttavia, insiste sui caratteri che devono presentare i regimi di sostegno nazionale, ossia «mantenere la fiducia degli investitori» (considerando n. 25) e «creare certezza per gli investitori» (considerando n. 14).

Il recepimento, nel nostro Paese, della dir. 28/2009/CE è stato affidato al d.lgs. n. 3 marzo 2011, n. 28 che, all'interno del Titolo V, traccia il quadro in cui dovrà avvenire il riordino dei regimi d'incentivazione attraverso la «predisposizione di criteri e strumenti che promuovano l'efficacia, l'efficienza, la semplificazione e la stabilità nel tempo dei sistemi di incentivazione» e, soprattutto, «la riduzione degli oneri di sostegno specifici in capo ai consumatori (art. 23). Ulteriori principi generali della disciplina di riordino sono costituiti, al secondo comma dell'art. 23, «(dal)la gradualità di intervento a salvaguardia degli investimenti effettuati e (dal)la proporzionalità agli obiettivi, nonché (dal)la flessibilità della struttura dei regimi di sostegno, *al fine di tener conto dei meccanismi del mercato e dell'evoluzione delle tecnologie delle fonti rinnovabili e dell'efficienza energetica*».

in F. Cortese, F. Guella, G. Postal, *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, Padova, Cedam, 2013, 176.

<sup>26</sup> A tal proposito, il comma 153 della l. 27 dicembre 2013, n. 147 (Legge di stabilità per il 2014) prevedeva un *capacity payment* transitorio rappresentato da un sostegno temporaneo al termoelettrico «nella misura strettamente necessaria a garantire la sicurezza del sistema elettrico e la copertura dei fabbisogni effettuata dai gestori di rete, senza aumento dei prezzi e delle tariffe dell'energia elettrica per i clienti finali».

### 3. Le tipologie dei regimi di sostegno

Venendo a una prima classificazione dei regimi di sostegno adottabili dagli Stati membri è necessario premettere che la scienza economica li distingue fra i meccanismi fondati sulla quantità (come lo scambio di certificati verdi, rappresentativi di quantitativi di produzione) e quelli basati sul prezzo dell'energia (come l'imposizione di una tassa o l'erogazione di incentivi commisurati al ritiro o, in percentuale, al prezzo dell'energia prodotta)<sup>27</sup>.

Entrambi questi meccanismi producono benefici, ma di natura differente: la loro introduzione, quindi, dev'essere attentamente valutata dal legislatore in base alle finalità prioritarie che intende conseguire. Si tratta, più esattamente, di quella valutazione degli «effetti» e dei «costi» dei regimi di sostegno imposta agli Stati dalla direttiva europea (25° considerando, dir. 28/2009).

Tale valutazione, tuttavia, risulta difficoltosa per il fatto che i benefici all'ambiente generati dalle fonti rinnovabili sono incommensurabili in una prospettiva unicamente economica poiché non ricadono solo sulla generazione attuale ma, soprattutto, sul soddisfacimento dei diritti delle generazioni future.

I costi sostenibili per tali fonti, inoltre, non riguardano unicamente quelli d'investimento; a questi si aggiungono i costi di sistema necessari a rendere la rete nazionale di distribuzione adeguata all'inserimento di volumi di generazione di energia discontinua ed imprevedibile, com'è generalmente quella da fonte rinnovabile<sup>28</sup>.

I sistemi di tipo quantitativo presentano, per un versante, il vantaggio di assicurare il raggiungimento degli specifici obiettivi politici contemplati dal legislatore; inoltre, quando si concretizzano nella creazione di mercati artificiali, dovrebbero garantire meglio che i costi complessivamente sostenuti dal sistema economico nel processo di transizione siano minimizzati. Con tali sistemi, gli operatori economici sono spinti ad investire laddove il costo

<sup>27</sup> Si v. P. Ranci, *Economia dell'energia*, Bologna, il Mulino, 2011, 167 ss.

<sup>28</sup> Sulle difficoltà di quantificazione dei benefici e dei costi insiti nella generazione di energia rinnovabile si v. M. Grillo, *Il mercato delle energie rinnovabili: aspetti economici*, in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Annuario di diritto dell'energia*, Bologna, il Mulino, 2013, 61 ss. La consapevolezza della rilevanza delle infrastrutture di rete a realizzare una politica energetica sostenibile ha indotto il Presidente degli Usa Obama in un Memorandum lasciato a tutti i Dipartimenti governativi ad affidare loro il compito di intraprendere una *Energy Review Quadriennale* concernente soprattutto le infrastrutture per ottenere lo sviluppo di una «strategia energetica completa ed integrata».



## gli incentivi alle fonti rinnovabili

della transizione da fonti convenzionali a rinnovabili sia valutato come comparativamente minore.

Per l'altro versante, i meccanismi basati sui prezzi o sulla fiscalità offrono una maggiore certezza alle imprese riguardo ai costi complessivi sostenuti dagli attori economici per conseguire gli obiettivi ambientali e, quindi, pongono gli stessi dinanzi ad un grado meno elevato di rischio. Nel contempo, proprio per offrire tale certezza, il loro ammontare deve persistere nel tempo, al di là dell'avanzamento delle tecnologie o del cambiamento delle condizioni di contesto, e tale persistenza può essere fonte di un eccesso di incentivazione quando l'avanzare del progresso tecnico consentirebbe un abbassamento degli incentivi erogati.

In una prospettiva principalmente economica, gli incentivi fondati su meccanismi di mercato dovrebbero risultare più efficienti di quelli basati su strumenti amministrativi poiché permettono di minimizzare i costi sostenuti dal sistema economico nel graduale processo di diversificazione delle fonti di energia<sup>29</sup>.

La stessa Commissione europea, di recente, ha espresso il proprio favore per tali meccanismi sostenendo che «possono rivelarsi uno strumento più efficace per mettere in concorrenza fra loro le varie tecnologie e rendere i produttori più attenti ai segnali del mercato»<sup>30</sup>.

L'analisi dell'esperienza messa in atto dagli Stati europei ha evidenziato, tuttavia, come i sistemi basati sui prezzi siano risultati più efficaci ed efficienti di quelli fondati sulla negoziazione di certificati nel conseguire gli obiettivi di tutela ambientale insiti nella promozione delle fonti rinnovabili. Sono stati più efficaci perché hanno permesso di conseguire in maggior misura un aumento effettivo di produzione di energia rinnovabile; la loro più elevata efficienza, viceversa, è consistita in una minor differenza fra il sostegno assicurato all'energia elettrica rinnovabile e i costi sostenuti per la sua generazione<sup>31</sup>.

Tale apparente paradosso è stato dovuto al fatto che, a parere di chi scrive, nel nostro Paese il sistema di negoziazione dei certificati è stato accompagnato da un intervento correttivo pubblico che non si è limitato, come si vedrà, a fissare la quantità di energia rinnovabile desiderata ma ha

<sup>29</sup> In seno alla teoria economica propone un approccio liberale alla tutela dell'ambiente, J. Simon, *The State of Humanity*, Cambridge (MA), Basil Blackwell, 1995, spec. 503 ss.

<sup>30</sup> Si v. ancora la Comunicazione, *Realizzare il mercato interno dell'energia elettrica e sfruttare al meglio l'intervento pubblico*, cit. 11.

<sup>31</sup> In tal senso si v. D. Bobbio, M. Cirillo, *Le fonti di energia rinnovabili*, in P. Ranci (a cura di), *Economia dell'energia*, cit., 167.

anche influito sulla formazione del suo prezzo. Si è impedito in tal modo a questo di rappresentare un adeguato segnale di mercato per gli investitori.

Inoltre gli Stati europei che hanno adottato meccanismi basati sui prezzi ne hanno migliorata l'efficienza agendo sugli altri ostacoli all'incremento delle fonti rinnovabili, ovvero la complessità dei procedimenti autorizzatori e la scarsa qualità della normazione che rappresentano viceversa, nel nostro Paese, gli ostacoli più significativi all'incremento delle fonti rinnovabili<sup>32</sup>.

Nei paragrafi seguenti saranno analizzati i limiti e i pregi dei meccanismi introdotti dal nostro legislatore nazionale per favorire la generazione di energia rinnovabile in ottemperanza agli obblighi europei. Tale analisi sarà svolta con particolare attenzione all'equilibrio, presente al loro interno, fra strumenti di mercato e intervento correttivo pubblico, alle deviazioni rispetto alla sua configurazione ottimale e alla progressiva sostituzione di meccanismi di mercato con altri improntati ad un'azione di pianificazione pubblica.

#### **4. I limiti dei meccanismi quantitativi: la negoziazione di certificati verdi**

I sistemi quantitativi sono caratterizzati dal fatto che il legislatore definisce, al loro interno, la quantità di energia rinnovabile desiderata, che ne rappresenta la domanda, e affida al mercato la determinazione del suo prezzo. Questo si formerà, di conseguenza, attraverso l'incontro della curva di tale domanda con la curva dell'offerta di tale energia.

Nel sistema basato sui certificati verdi, ad esempio, il legislatore, dopo aver fissato tale quantità, ne affida il raggiungimento ad un obbligo imposto ai produttori di energia non rinnovabile relativo all'immissione annuale, nel sistema elettrico nazionale, di una percentuale di energia rinnovabile aggiuntiva e nuova rispetto a quella non rinnovabile<sup>33</sup>. La finalità del sistema

<sup>32</sup> In tal senso mi si consenta il rinvio a M. Cocconi, *Promozione europea delle energie rinnovabili e semplificazione*, in F. Merusi, V. Messerini, V. Giomi, *Profili giuridici e problematiche istituzionali dell'approvvigionamento di energia da fonti rinnovabili*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 75. Si v., altresì, Commissione europea, *Relazione sui progressi nel campo delle energie rinnovabili*, COM (2013), 175 final.

<sup>33</sup> Per una disamina più analitica di tale meccanismo si v. A. Benedetti, *Le certificazioni ambientali*, in G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, Giappichelli, 2011, 195; M. Alena, *I mercati artificiali dei certificati verdi e bianchi*, in F. Fracchia, M. Occhiena (a cura di), *Climate change: la risposta del diritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, 207 ss.

## gli incentivi alle fonti rinnovabili

è di coniugare i benefici insiti nel raggiungimento di *target* quantitativi prefissati – tipici dei meccanismi di *command and control* – con quelli della maggior efficienza economica, tendenzialmente discendenti dal ricorso a meccanismi di mercato.

In sostanza, il legislatore crea un mercato artificiale e ne supporta le dinamiche al fine di indurlo a trasmettere agli investitori i segnali più appropriati per compiere le proprie scelte secondo logiche di razionalità economica ma anche a fare in modo, al tempo stesso, che soddisfi gli interessi pubblici da lui identificati.

L'obbligo dei produttori discende, nel nostro Paese, dall'art. 11, comma 1, del d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 ed è stato inizialmente fissato nel 2% del quantitativo di energia non rinnovabile prodotta eccedente i 100 MWh da impianti entrati in esercizio o potenziati dopo l'1 aprile 1999; lo stesso può essere adempiuto non solo con l'installazione di appositi impianti ma anche attraverso l'acquisto di certificati verdi rappresentativi di un certo quantitativo della sua produzione da produttori di energia rinnovabile o dallo stesso Gestore dei servizi energetici (GSE).

Al di fuori di tale alternativa, i certificati possono essere acquistati da soggetti terzi, *traders* o operatori di mercato, interessati principalmente al profitto che può discendere dalla loro vendita.

Ciascun certificato verde rilasciato dall'autorità pubblica ai produttori di energia rinnovabile rappresenta un quantitativo di energia rinnovabile corrispondente attualmente a 1 MWh prodotto da impianti IAFR (Impianti alimentati da fonte rinnovabile), come tali qualificati da una certificazione rilasciata dal GSE sulla base della loro conformità a determinati parametri e requisiti tecnici.

Si tratta di meccanismi di mercato informati da un intervento pubblico che, in diverse fasi, segna l'avvio, il funzionamento ed il controllo dell'intero sistema. L'obbligo di acquisto dei certificati, anzitutto, è imposto dal legislatore e si traduce in un costo ulteriore per i produttori di energia convenzionale che comporta un aumento della tariffa elettrica per i consumatori finali con riferimento alla voce di costo A3 che oggi rappresenta oltre il 90% della componente «oneri di sistema» della bolletta.

I certificati, inoltre, costituiscono titoli negoziabili o attraverso scambi bilaterali tra gli operatori destinatari dell'obbligo di legge ed i produttori o su un mercato artificiale regolato dallo stesso Gestore e disciplinato da norme e atti amministrativi. Nessun valore è riconducibile a questi se non all'interno delle dinamiche mercantili artificialmente poste in essere dal legislatore.

Il meccanismo tuttavia, almeno nel suo disegno originario, si fondava

su segnali offerti dal mercato stesso e attraverso il loro ascolto doveva permettere agli operatori di minimizzare i costi da sostenere e di improntare le proprie scelte a criteri di razionalità economica, pur assicurando i *target* definiti dal legislatore.

L'ammontare dell'incentivo, infatti, doveva essere quello necessario a produrre la quantità di energia rinnovabile fissata dal legislatore e la sua formazione era affidata al mercato attraverso il segnale del relativo prezzo: se la produzione di energia rinnovabile non avesse raggiunto l'obiettivo fissato, il numero di certificati avrebbe scarseggiato e di conseguenza il loro prezzo sarebbe salito; se, viceversa, la quantità fosse stata superata, il prezzo sarebbe sceso e così sarebbe diminuito l'incentivo a installare nuovi impianti.

I limiti del sistema introdotto sono stati principalmente due. Anzitutto l'oscillazione del prezzo dei certificati, dato il suo elevato grado di incertezza, era avvertita come un fattore di rischio per gli investitori e, quindi, poteva inibirne le scelte.

Inoltre il funzionamento dei meccanismi di mercato è stato viziato, in realtà, da un intervento correttivo pubblico che ha attutito la sua capacità di offrire segnali informativi efficaci per guidare le scelte degli operatori secondo criteri di convenienza economica.

Dapprima, dato l'elevato livello degli incentivi generatosi a seguito dell'aumento del prezzo di vendita dei certificati, a sua volta dovuto al ritardo nell'attivazione di impianti di nuova generazione e alla conseguente offerta insufficiente, il Gestore ha incrementato l'offerta di certificati. Inevitabilmente, a quel punto, il prezzo cui questi sono stati immessi nel sistema ha rappresentato un limite massimo all'aumento praticabile.

A sua volta un successivo intervento del Gestore, imposto dal legislatore, doveva contenere la discesa successiva del valore dei certificati, ovvero dell'incentivo erogato per la produzione di energia rinnovabile, derivante dall'eccesso di titoli in circolazione rispetto alla domanda attraverso il loro acquisto. Tale prezzo di acquisto, tuttavia, è inevitabilmente divenuto quello di riferimento per gli operatori del mercato.

I vincoli introdotti dal legislatore al funzionamento autonomo del mercato, di conseguenza, hanno limitato la sua capacità di offrire segnali efficienti per la promozione di energia rinnovabile attraverso la formazione di prezzi derivanti dalle dinamiche della domanda e dell'offerta. Si è verificato, pertanto, un parziale fallimento dei meccanismi di mercato introdotti per la promozione di energia da fonti rinnovabili per la loro parziale sostituzione con meccanismi basati su prezzi amministrati.

Il funzionamento di tale sistema, pertanto, ha garantito al nostro Paese elevati livelli di sostegno senza che l'erogazione di incentivi si sia tradotta

## gli incentivi alle fonti rinnovabili

nell'aumento desiderato e obbligato di generazione di energia da fonte rinnovabile.

L'emersione di tali criticità ha indotto il legislatore, con l'art. 25, comma 4, del d.lgs. n. 28/2011, a disporre l'esaurimento del meccanismo dei certificati verdi quale strumento di incentivo alla produzione di energia da fonti rinnovabili a partire dal 2015, prevedendo che il GSE ritirerà i certificati non acquistati sul mercato relativi agli anni 2011-2015 ad un prezzo pari al 78% di quello fissato ex art. 2, par. 148, l. n. 244/2007.

### **5. I pregi degli strumenti basati sui prezzi: le tariffe incentivanti**

In tali sistemi il legislatore fissa il livello di incentivo e affida al mercato la determinazione del quantitativo di energia rinnovabile che sarà prodotta sulla base di un giudizio di convenienza formulato dagli operatori economici. Il pregio di tale sistema è l'efficacia che deriva dalla sicurezza garantita dal ritorno stabile e prevedibile dell'investimento effettuato dall'imprenditore.

Tali sistemi si suddividono in due tipologie: quelli basati sulle tariffe incentivanti con cui il Gestore garantisce il ritiro dell'energia rinnovabile prodotta ad un prezzo prefissato (da qui la qualificazione di *feed-in tariff*<sup>34</sup>), più elevato di quello di mercato poiché comprensivo di una componente di incentivo della fonte rinnovabile. I livelli delle tariffe possono essere differenziati per tipologia di fonte e dimensioni dell'impianto, in modo da riflettere effettivamente i costi sostenuti per la generazione.

L'onere dell'incentivo viene di regola trasferito dal Gestore al consumatore finale di energia attraverso specifiche componenti tariffarie della bolletta elettrica. Benché tale sistema garantisca certezza circa il ritorno dell'investimento, questo meccanismo presenta tuttavia il profilo critico per cui la fissazione di un prezzo predefinito in via amministrativa sottrae la sua formazione al mercato. Tale sistema è stato introdotto nel nostro Paese, a partire dal 2008, riguardo agli impianti di taglia uguale o inferiore a 1 MW.

Il meccanismo del *feed in tariffs* costituisce, ad esempio, il principale sistema di erogazione di incentivi nei Paesi dell'ambiente alpino in cui la necessità di supportare il ricorso alle fonti rinnovabili si innesta con le peculiarità tipiche dall'ambiente montano che caratterizza quei territori.

<sup>34</sup> Per l'utilizzo di tale terminologia, si v. *Council of European Regulators, Report on Renewable Energy Support*, 2011.

Nella legislazione austriaca, ad esempio, l'*Ökostromgesetz* (ÖStG, 2002), che costituisce, tuttora, la principale fonte normativa sul tema, prevede un sistema basato sull'erogazione di tariffe incentivanti onnicomprensive in base al quale l'operatore dell'impianto ha diritto a concludere un contratto con l'Agenzia di compensazione e di regolamento dell'energia verde. La stessa Agenzia, a sua volta, acquista l'elettricità prodotta da fonte rinnovabile ad un prezzo superiore a quello di mercato e la distribuisce fra i gestori, anch'essi tenuti a sostenere un onere economico più elevato di quello propriamente mercantile. Quest'onere è poi sopportato dagli utenti finali su cui grava una tassa di supporto che si aggiunge alla tariffa della bolletta per il consumo dell'elettricità<sup>35</sup>.

Allo stesso modo, in Germania, l'EEG, la disciplina tedesca sulle fonti rinnovabili del 1 agosto 2004, adottata per recepire la direttiva 2001/77/CE contempla una tariffa incentivante, stabilita per legge, versata dal gestore della rete all'operatore per la durata di vent'anni e variabile in base al tipo di fonte considerata<sup>36</sup>.

L'altra tipologia, qualificata come *feed in premium*, e che ha progressivamente sostituito il sistema dei certificati verdi, destinato ad esaurirsi nel 2015<sup>37</sup>, consiste nell'erogazione di un incentivo che si aggiunge, in percentuale, alla remunerazione discendente dalla vendita di energia sul mercato; il relativo prezzo si forma, quindi, attraverso l'incontro fra domanda ed offerta di energia rinnovabile. Pur costituendo questo, dunque, un sistema amministrato, il produttore sopporta in ogni caso il rischio relativo alla formazione del prezzo che, a sua volta, invia al mercato segnali appropriati al fine di compiere scelte efficienti.

L'adozione di tale sistema presenta l'aspetto critico di un eccesso di incentivazione e, quindi, di costi troppo onerosi gravanti sul consumatore finale, nel caso in cui il prezzo dell'energia venduta, per una determinata fonte, risulti molto elevato; viceversa se il prezzo dell'energia fosse troppo basso, la componente incentivante potrebbe risultare insufficiente a rendere conveniente la produzione di energia rinnovabile e, di conseguenza, a raggiungere gli obiettivi europei.

<sup>35</sup> Per l'esperienza austriaca si v. il saggio di E. D'Orlando, *Energie rinnovabili: l'esperienza austriaca*, in F. Cortese, F. Guella, G. Postal, *La regolamentazione della produzione di energie rinnovabili nella prospettiva dello sviluppo sostenibile*, cit., 266.

<sup>36</sup> L'ultima riforma della EEG è stata decisa dal *Bundestag* nel giugno 2011 e è entrata in vigore il 1 gennaio 2012. Per l'esperienza tedesca si v. S. Rupperecht, *Disciplina delle energie rinnovabili in Germania*, in F. Cortese, cit., 305.

<sup>37</sup> Si v. in particolare la legge finanziaria 2008 (i.e. l. 24 dicembre 2007, n. 244), come modificata dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78.

## gli incentivi alle fonti rinnovabili

Gli elevati incentivi sul fotovoltaico introdotti tra il 2007 ed il 2011, senza alcun vincolo massimo alla capacità di generazione attivabile, hanno indotto le imprese ad accelerare gli investimenti in quel settore, facendo gravare sui consumatori un costo sociale molto accentuato<sup>38</sup>. Tali incentivi sono stati erogati senza tener conto che l'avanzare del progresso tecnologico nel settore avrebbe prodotto una diminuzione dei costi di investimento e quindi consentito, negli anni successivi, di installare impianti a condizioni economicamente meno onerose per i consumatori finali.

Se l'introduzione di tale meccanismo fosse stato preceduto da un'accurata analisi dell'impatto della regolazione, come peraltro implicitamente presuppone la dir. 28/2009, nell'obbligare gli Stati a calcolare gli «effetti» e i «costi» dei sistemi nazionali di sostegno, si sarebbero certamente risparmiati costi sociali molto elevati.

Nel nostro Paese, l'erogazione di incentivi per l'energia fotovoltaica e quella solare termodinamica si è fondata in prevalenza su meccanismi cd. *feed in premium* con durata del sostegno fra i 20 e 25 anni nella forma del Conto energia. Tale Conto costituisce un sistema di incentivazione caratterizzato dall'erogazione di una tariffa incentivante proporzionale all'energia prodotta dagli impianti aggiuntiva rispetto a quella di vendita o di valorizzazione mediante lo scambio sul posto o l'autoconsumo di energia prodotta. Tali sistemi sono stati introdotti nell'attuazione della Dir. 2001/77/CE con il D.lgs. n. 287/2003. L'applicazione di tale decreto è avvenuta, di volta in volta, con i D.M. 28 luglio 2005 (I Conto energia), 19 febbraio 2007 (II Conto energia) ed, infine, 6 agosto 2010 (III Conto energia).

### **6. Incertezza e lesione dell'affidamento nel meccanismo di iscrizione ai registri per l'accesso alle tariffe incentivanti**

L'erogazione eccessiva di incentivi per gli impianti fotovoltaici, registratasi nel 2011 e non correlata agli effettivi costi degli investimenti, con un aggravio eccessivo della relativa componente presente nella tariffa elettrica a carico dei consumatori, ha indotto il legislatore, con l'art. 24 del D.lgs. 3 marzo 2011, n. 28, ad un mutamento significativo del regime di incentivazione. Tali mutamenti sono stati dapprima introdotti, per il fotovoltaico, con

<sup>38</sup> Si tenga presente che nel solo 2012 il GSE ha ricevuto oltre 145.000 richieste di incentivazione per l'entrata in esercizio di nuovi impianti fotovoltaici. Complessivamente, in Italia, a fine 2012, risultano in esercizio quasi 477.000 impianti fotovoltaici, per una potenza di circa 16.350 MW.

il Quarto conto energia, contenuto nel d. m. 5 maggio 2011, Decreto del Ministro dello sviluppo economico, di concerto con quello dell'ambiente.

Il nuovo sistema di incentivi per il fotovoltaico ha prodotto una riduzione consistente delle tariffe rispetto al periodo precedente e spinto ad ideare un meccanismo nuovo i cui criteri, tuttavia, hanno generato incertezza non solo sul quando e sul quanto ma anche sul se i nuovi impianti sarebbe stati finanziati.

In sostanza, gli attuali livelli di incentivazione sono stati fissati sulla base di tetti di spesa annuali ritenuti ragionevoli e differenziati in base alle dimensioni e alle caratteristiche degli impianti, tenuto conto, in particolare, di quelli integrati con caratteristiche innovative e di quelli a concentrazione. La loro definizione è stata motivata principalmente dal fine di contenere il prezzo dell'energia gravante sui consumatori finali mentre non si è tenuto conto dell'andamento dei costi di ciascuna fonte in relazione all'avanzare del progresso tecnologico e, in considerazione di questo fattore, del suo livello ottimale di incentivazione.

Si era prevista infatti, per gli impianti a potenza superiore a 12 kW, l'istituzione di un registro presso il GSE, in cui ogni nuovo impianto doveva iscriversi durante un periodo temporale intercorrente fra il 20 maggio 2011 e il 30 giugno 2011 sulla base di criteri successivi relativi all'effettiva entrata in esercizio, all'ultimazione dei lavori, alla precedenza della data di rilascio del titolo autorizzativo, alla potenza dell'impianto ed alla data di iscrizione al registro. L'iscrizione, inoltre, era possibile, alle condizioni previste, fino al raggiungimento di un *plafond* annuo (cd. «limite di costo degli incentivi») stabilito in ciascun Conto energia.

L'individuazione di tali criteri, tuttavia, non offriva una certezza sufficiente circa il regime applicabile e le condizioni richieste per l'accesso alle tariffe incentivanti. Alcune delle condizioni fissate dal decreto, infatti, non erano realizzabili unicamente dal proponente, come quella dell'effettiva connessione all'impianto o del rilascio dell'autorizzazione unica e potevano produrre, pertanto, una differenza di trattamento fra gli imprenditori. La connessione effettiva all'impianto, infatti, può dipendere in modo significativo dall'intervento del Gestore e non sono equiparabili, sotto il profilo della data del provvedimento autorizzatorio, procedimenti in cui, sulla base delle dimensioni dell'impianto, il rilascio del provvedimento finale è affidato all'amministrazione (art. 5, D.lgs. 3 marzo 2011, n. 28) e altri in cui si forma attraverso il silenzio-assenso sulla base della sola istanza del richiedente (art. 6, dello stesso Decreto)<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> Sui profili critici delle norme previste dal d.lgs. n. 28/2011 e dal Decreto del Mini-



## gli incentivi alle fonti rinnovabili

Questo sistema, inoltre, è stato introdotto con valenza retroattiva per tutti gli impianti entrati in esercizio dopo il 31 maggio 2011 che, quindi, dovranno accedere alle tariffe del IV Conto Energia anziché, come originariamente previsto, a quelle del III Conto Energia, riducendone in tal modo l'efficacia di due anni.

L'incertezza normativa è stata ulteriormente accresciuta dalla proroga delle tariffe incentivanti previste dal Secondo Conto Energia (D.M. 19 febbraio 2007), estese dal d.l. 25 gennaio 2010, n. 3 (cd. decreto Salva Alcoa)<sup>40</sup>, a tutti i soggetti che avessero concluso l'installazione dell'impianto fotovoltaico entro il 31 dicembre 2010, avessero dato comunicazione all'amministrazione competente per il rilascio dell'autorizzazione e fossero entrati in esercizio entro il 30 giugno 2011. Tale proroga ha ulteriormente limitato l'efficacia del Terzo conto energia unicamente agli impianti entrati in esercizio fra il 1 gennaio 2011 e il 31 maggio 2011.

È oltretutto ipotizzabile che molti operatori, mossi dall'intento di ottenere le tariffe ben più generose garantite dal Secondo conto, abbiano affrettato i tempi di installazione degli impianti per poter rientrare nei termini previsti dal decreto «salva Alcoa» e quindi, nella sostanza, sfuggire al mutamento di disciplina nel frattempo intervenuto.

Il mancato rispetto della durata triennale inizialmente prevista per l'erogazione delle tariffe contemplate dal Terzo conto energia sollecita una riflessione sulla necessaria stabilità normativa dei regimi di sostegno e, in caso di mutamenti che investano il passato, sulla possibile lesione delle aspettative riposte dagli operatori economici sulla loro vigenza temporale.

L'esplicarsi su un arco triennale degli incentivi contemplati dal Terzo Conto energia aveva proprio il fine di permettere agli investitori di tener conto dei vantaggi conseguibili attraverso la scelta di installare impianti fotovoltaici e di accedere ad eventuali richieste di finanziamenti bancari sulla base di tale aspettativa. Tali aspettative sono state deluse dall'inaspettata riduzione anticipata del periodo di durata di tale meccanismo e il conseguente abbassamento degli incentivi erogati.

Le modifiche introdotte, non casualmente, erano state ritenute dal Commissario europeo Oettinger<sup>41</sup> in grado di alterare il ritorno finanziario dei progetti esistenti e, di conseguenza, di compromettere la stabilità degli

stero dello Sviluppo economico del 5 maggio 2011, si v. *Position Paper Assoconsult*, Settore Tax & Legal, Gruppo di Lavoro Energy, ottobre 2011.

<sup>40</sup> Il d.l. è stato convertito con modificazioni nella l. 22 marzo 2010, n. 41 (cd. «decreto salva-Alcoa»).

<sup>41</sup> Si v. la lettera del 15 aprile 2011 indirizzata dal Commissario Oettinger al Ministro dello sviluppo economico, Paolo Romani.

investimenti nel settore con possibili ripercussioni sulla ripresa economica. La presenza di tali rischi, inoltre, aveva indotto lo stesso Commissario ad auspicare che il nostro Paese si dotasse di un quadro di incentivazione «chiaro, stabile e prevedibile», tale da garantire uno sviluppo delle fonti rinnovabili coerente con il raggiungimento degli obiettivi europei.

La stessa Commissione europea, di recente, ha sostenuto che «le misure di intervento pubblico devono rappresentare un impegno stabile, a lungo termine, trasparente, prevedibile e credibile nei confronti degli investitori e dei consumatori»<sup>42</sup>; il che ha indotto la stessa a sconsigliare l'applicazione retroattiva delle modifiche di regimi incentivanti, in quanto tali da compromettere la fiducia degli investitori.

La modifica introdotta dal Quarto conto energia, benché non producesse effetti propriamente retroattivi, aveva comunque un notevole impatto su legittime aspettative degli operatori economici da considerarsi, a parere di chi scrive, comunque meritevoli di una qualche tutela<sup>43</sup>. Si pensi, ad esempio, alle aspettative di coloro il cui impianto non fosse già entrato in esercizio ma avessero comunque posto in essere operazioni economiche (come la richiesta di finanziamenti bancari) per procedere all'installazione dell'impianto, confidando nella persistenza di un certo regime incentivante o addirittura avessero intrapreso i lavori di installazione ma non li avessero ultimati, confidando nella vigenza di determinate tariffe incentivanti.

La necessità di tutelare l'affidamento del cittadino sulla certezza delle statuizioni giuridiche assume com'è noto, in relazione al fenomeno dell'incentivazione economica, ossia dell'azione pubblica con una funzione promozionale verso l'ottenimento di determinate finalità «sociali», profili assai delicati perché incide sull'esplicazione della libertà d'iniziativa economica privata alla luce dell'art. 41 Cost<sup>44</sup>. Tale principio, in effetti, è stato ritenuto dalla Corte costituzionale, fin dalla sent. n. 155 del 1990, strettamente connesso a questa libertà «non solo nel momento iniziale, ma anche durante il suo dinamico sviluppo» e quindi tale da investire, senza dubbio, anche gli atti di destinazione del capitale finanziario.

<sup>42</sup> Si v. COM (2013), 7243 final, 13.

<sup>43</sup> Sui profili connessi alla tutela dell'affidamento, nella disciplina degli incentivi, si v. B. Caravita di Torritto, *Gli incentivi alle rinnovabili nella crisi: certezza del diritto e sostenibilità economico finanziaria*, in G. Napolitano, A. Zoppini (a cura di), *Annuario*, cit., 99; si v. altresì, G. Cozzolino, *Energie rinnovabili e tutela dell'affidamento: qualche riflessione a proposito degli incentivi al fotovoltaico alla luce dei recenti sviluppi normativi*, in *AIC, Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 1/2012, 20 marzo 2012.

<sup>44</sup> Sul nesso stretto esistente fra tutela dell'affidamento e libertà di iniziativa economica, si v. Corte cost., 4 aprile 1990, n. 155, in *Giur. cost.*, 1990, 962.

## gli incentivi alle fonti rinnovabili

La sua applicazione, peraltro, assume una forza assai pregnante, nel caso del susseguirsi delle discipline di incentivazione, per la connotazione sostanzialmente contrattuale della relazione che si instaura fra potere pubblico e soggetto privato attraverso l'introduzione di un regime incentivante<sup>45</sup>. Non sarebbe dunque accettabile che lo Stato, assunte le sembianze del dispensatore di benefici a fronte del compimento, da parte degli operatori economici, di determinate attività produttive, se ne spogliasse all'improvviso senza tutelare le legittime aspettative di chi, nel volto assunto dal diritto premiale, aveva confidato a tal punto da svolgere atti di esercizio di iniziativa economica diretti ad ottenere gli incentivi promessi.

L'intervenire di modifiche sulla durata della vigenza, inizialmente fissata, di determinati regimi di incentivazione può dunque ledere legittime aspettative degli operatori economici su cui questi avevano fondato proprie decisioni di investimento e che quindi paiono da ritenersi, in quanto espressione di libertà di iniziativa economica, comunque meritevoli di qualche tutela.

La questione va correttamente inquadrata, nel caso in esame, a parere di chi scrive, non tanto sul rapporto fra le diverse fonti legislative che si susseguono nel disciplinare un determinato regime di sostegno, facendo leva sulla protezione costituzionale «rinforzata» rispetto all'abrogazione di cui godrebbero le leggi di incentivazione economica<sup>46</sup>. A tacer d'altro, tale prospettiva non pare comunque applicarsi alle fattispecie in esame perché la modifica dei regimi incentivanti, pur contemplata, nella sua necessità, dal legislatore, all'art. 24 del D.lgs. 28/2011, si è poi effettivamente espressa in decreti ministeriali attuativi del dettato legislativo, ossia i Conti energia.

Si tratta di valutare piuttosto se sia ipotizzabile, nel caso del susseguirsi di modifiche incidenti sul passato, l'esistenza di un affidamento tutelabile degli operatori, ad esempio attraverso la previsione di un regime transitorio, anche al di fuori del caso specifico di applicazione retroattiva della nuova disciplina.

Tale ricerca può rivelarsi feconda se viene fondata su una duplice premessa concettuale. La prima è quella del progressivo riconoscimento, da parte anzitutto del giudice europeo e poi di quello costituzionale, dei prin-

<sup>45</sup> Secondo l'impostazione, già citata, di G. Guarino, *Sul regime costituzionale*, cit., spec. 132. A favore di un'impostazione in termini di ricerca di indici di esistenza di un affidamento tutelabile, in grado di invalidare la norma lesiva sopravvenuta si v. F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2001, 34.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

cipi del legittimo affidamento del cittadino e di certezza delle situazioni giuridiche quale valori autonomi ossia non ancorati ad una contestuale lesione di altri interessi costituzionali<sup>47</sup>.

L'autonomia di tali principi, infatti, li mette in grado di rappresentare, in quanto tali e non attraverso la ponderazione con altri valori costituzionali, limiti di legittimità rispetto ad interventi del legislatore diretti a disciplinare situazioni già consolidate non improntati al necessario rispetto del principio di ragionevolezza. Anche l'adozione di tale premessa, tuttavia, si rivela insufficiente, poiché anche la particolare pregnanza assunta da tali principi rispetto al susseguirsi di nuovi regimi incentivanti è ritenuta generalmente operante, per i giudici costituzionali, unicamente rispetto a situazioni già consolidate.

L'altra premessa necessaria, dunque, a cui la prima va necessariamente affiancata, è quella intrapresa dalla scienza costituzionalistica nell'avviare un ripensamento della nozione di retroattività della legge, ritenuta di significato sfuggente e di incerto fondamento giuridico, ricavando comunque da tale principio legislativo – quale implicazione essenziale – «un imperativo di minimo impatto nel passato», in forza del quale, in relazione alle fattispecie pregresse, è la legge precedente a dover prevalere su quella nuova e non viceversa<sup>48</sup>.

A partire, dunque, dal concetto di «retrovalutazione» del passato operata dalla nuova disciplina, tale teoria offre una gamma delle possibili incidenze operate da questa su fattispecie pregresse, tutte considerate meritevoli di qualche tutela da parte dell'ordinamento. Si pensi a quella che lo studioso citato qualifica come «retrocontemplazione» ossia quando la legge elimina un beneficio incentivante previsto in precedenza, senza tutelare la posizione di chi ha già compiuto atti economici tali da integrare uno specifico aspetto della fattispecie normativa (ad es. ha richiesto un finanziamento bancario per ottenere il minimo di capitale richiesto).

Tale impostazione concettuale consente, pertanto, un'applicazione più ampia della tutela del legittimo affidamento del cittadino sulla certezza e stabilità di un certo regime di incentivazione, anche oltre il necessario rispetto di fattispecie già consolidate. Ne discende la possibilità – anzi la necessità – da parte del legislatore di evitare gli effetti pregiudizievoli prodotti dalla nuova disciplina su aspettative ritenute comunque meritevoli di protezione attraverso l'introduzione di specifiche disposizioni transitorie desti-

<sup>47</sup> In tal senso si v. Corte cost., 1 aprile 2010, n. 124, in *Giur. Cost.*, 2010, 2, 1490, con nota di N. Rangone, *Fonti rinnovabili di energia: stato della regolazione e prospettive di riforma*.

<sup>48</sup> In tal senso si v. M. Luciani, *Il dissolvimento della retroattività*, cit., 2089.

## gli incentivi alle fonti rinnovabili

nate a chi ha già compiuto operazioni economiche che integrino qualche frammento della fattispecie normativa.

Al fine di rimediare agli eccessi di incentivazione verificatisi nel settore del fotovoltaico, infine, è intervenuto il Quinto Conto energia<sup>49</sup>, contenuto nel D.M. 5 luglio 2012; questo ha introdotto un potere di pianificazione dell'autorità politica che potrà determinare la massima capacità di generazione incentivabile per ciascuna tipologia di impianto e l'ammontare complessivo annuale degli incentivi, corrispondente a 6,7 miliardi di euro. L'erogazione di tariffe incentivanti sarà in parte riconosciuta con accesso diretto<sup>50</sup> e, in parte, ancora attraverso il meccanismo di iscrizione al Registro, mentre l'art. 24, comma 4, D.lgs. n. 28/2011 prevedeva, altresì, un sistema di aste al ribasso

Si tratta, in sostanza, di un sistema improntato ad una logica opposta a quella su cui era fondato il meccanismo dei certificati verdi laddove il legislatore fissava la capacità di generazione di energia rinnovabile da raggiungere e lasciava che il livello di incentivazione erogabile fosse definito dalle scelte degli operatori economici; in tal caso, infatti, la fissazione della soglia massima annua di incentivi erogabile è definita a priori dal legislatore.

Da un sistema d'incentivi improntato dunque, principalmente, a meccanismi di mercato, sia pure supportati e corretti, talora indebitamente, dall'intervento pubblico, si è passati al riconoscimento di un potere di pianificazione centralizzata dell'autorità politica nella definizione dell'ammontare massimo d'incentivazione erogabile.

Inoltre, con il sistema delle aste al ribasso previsto dall'art. 24 del D.lgs. 28/2011, sicuramente il più innovativo, il GSE può indire una procedura cui

<sup>49</sup> Tale Conto è stato disciplinato dal d. m. 5 luglio 2012, divenuto operativo il 27 agosto 2012 «Attuazione dell'art. 25 del d.lgs. 3 marzo 2011, n. 28 recante incentivazione della produzione di energia elettrica da impianti solari fotovoltaici».

<sup>50</sup> L'accesso diretto alle tariffe incentivanti è riconosciuto, ai sensi dell'art. 3 del D.M. 5 luglio 2012: agli impianti fotovoltaici di potenza fino a 50 kW realizzati su edifici con moduli installati in sostituzione di coperture su cui è operata la completa rimozione dell'eterno o dell'amianto; impianti fotovoltaici di potenza non superiore a 12 kW, ivi inclusi gli impianti realizzati a seguito di rifacimento, nonché i potenziamenti che comportano un incremento della potenza dell'impianto non superiore a 12 kW; impianti fotovoltaici con caratteristiche innovative fino al raggiungimento di un costo indicativo cumulato annuo degli incentivi di 50 ML di euro; impianti fotovoltaici a concentrazione fino al raggiungimento di un costo indicativo cumulato degli incentivi di 50 ML di euro; impianti fotovoltaici realizzati da amministrazioni pubbliche mediante procedure di evidenza pubblica, fino al raggiungimento di un costo indicativo cumulato degli incentivi di 50 ML di euro; impianti fotovoltaici di potenza superiore a 12 kW e non superiore a 20 kW, che richiedono una tariffa ridotta del 20% rispetto a quella spettante ai pari impianti iscritti al registro.

possono partecipare imprese dotate di un'adeguata solidità finanziaria ed economica rispetto alle iniziative per cui chiedono l'accesso all'incentivo, a seguito di un'attestazione in tal senso rilasciata da un istituto bancario. Le offerte devono essere presentate con una riduzione percentuale rispetto al valore posto alla base dell'asta, corrispondente alla tariffa favorente base contemplata per l'ultimo scaglione di potenza nel momento di entrata in funzione dell'impianto. Queste saranno accettate ovviamente in ordine crescente di prezzo e la capacità di generazione sarà dunque assegnata ai soggetti disponibili a ricevere remunerazioni più basse.

Nello stesso tempo la tariffa incentivante minima riconosciuta non potrà essere sotto il 30% di quella posta alla base dell'asta. In tal modo non si permette ai partecipanti di offrire energia a prezzi inferiori ai propri costi; tale circostanza, infatti, potrebbe pregiudicare l'effettiva realizzazione d'investimenti per la capacità assegnata e quindi rallentare e non favorire il raggiungimento degli obiettivi europei.

Il ricorso all'asta presenta il beneficio di far emergere informazioni preziose circa i costi e i rendimenti delle varie fonti in relazione all'evoluzione della ricerca tecnologica e al mutare delle condizioni di contesto; l'adozione di tale meccanismo permette, quindi, di evitare eccessi d'incentivazione nonostante l'abbassamento dei costi d'investimento o la loro allocazione alle fonti economicamente più convenienti. Tale meccanismo concorrenziale per l'accesso agli incentivi, inoltre, può produrre una maggior disponibilità a investire nella ricerca e nello sviluppo tecnologico del settore.

La stessa Commissione europea, di recente<sup>51</sup>, ha sostenuto che «nel caso di regimi di aiuto, il meccanismo *standard* di concessione dovrebbe essere quello di una vera e propria messa in concorrenza delle offerte nell'ambito di gare, in modo da contribuire ad abbassare al minimo il livello di sostegno necessario e da evitare ogni sovracompensazione, rendendo trasparenti i costi dell'energia ed evitando il sistema della tariffa unica di sostegno».

La loro efficienza, tuttavia, non è elevata in quanto, nel caso in cui l'accesso all'asta sia permesso solo agli impianti autorizzati, accade che alcuni di questi non ricevano l'incentivo pur avendo sostenuto i costi per avviare il procedimento autorizzatorio; nel caso, viceversa, l'accesso sia permesso anche agli impianti non autorizzati, sulla possibilità di ricevere l'incentivo grava l'incertezza circa l'ottenimento effettivo dell'autorizzazione<sup>52</sup>.

Tali limiti giustificano lo scarso successo delle aste nei Paesi, come la

<sup>51</sup> V. la Comunicazione, *Realizzare il mercato interno dell'energia elettrica*, cit., 11.

<sup>52</sup> Si v. *Le aste per l'incentivazione alle rinnovabili*, Studio Aper, 2012.

## gli incentivi alle fonti rinnovabili

Francia, il Regno Unito e l'Irlanda, dove in realtà sono stati conseguiti elevati risultati nella promozione delle fonti rinnovabili.

Più di recente il d.l. «Destinazione Italia», emanato il 23 dicembre 2013, n. 145, ha introdotto uno strumento volontario, che può essere attivato dai singoli operatori di propria iniziativa per dilazionare nel tempo parte degli oneri economici per l'incentivazione dell'energia da fonti rinnovabili e valorizzare l'intera vita degli impianti. L'opzione per tale meccanismo conferisce il diritto a un aumento del periodo di erogazione dell'incentivo di sette anni a fronte di una riduzione immediata della sua entità per ciascun anno.

### **7. Le questioni irrisolte: l'individuazione del livello ottimale degli incentivi, la copertura dei costi del sostegno e la tutela dell'affidamento degli investitori**

L'analisi svolta ha dimostrato, evidenziando gli elementi di criticità delle scelte politiche via via compiute dal legislatore nazionale, la necessità di un profondo riordino della disciplina sugli incentivi alle fonti rinnovabili. Si è messo in luce infatti che, in una prima fase, fra gli anni 2007 e 2011, tale disciplina ha puntato, nel settore del fotovoltaico, a un aumento della capacità di generazione attivabile per ottemperare agli obblighi europei senza porre alcun limite alla sua crescita o verificare le potenzialità offerte da altre fonti alternative di energia.

Gli elevati livelli d'incentivo si sono riflessi, a catena, sulla moltiplicazione di altre componenti del costo, inducendo chiunque fosse detentore di rendite di posizione (come, ad esempio, i proprietari dei terreni su cui sarebbero stati installati gli impianti) ad aumentarle in modo consistente<sup>53</sup>.

Si è permesso, pertanto, che fossero gli investitori a decidere la quantità di energia elettrica da fonte fotovoltaica da produrre e, di conseguenza, quale onere far gravare sui consumatori finali sulla base del loro consumo. Questo sistema, tuttavia, ha determinato un aumento della capacità di generazione attivabile ben superiore alle previsioni effettuate dallo stesso legislatore. L'incremento eccessivo ha provocato, inoltre, effetti distorsivi sulle dinamiche concorrenziali del mercato elettrico, come ha mostrato di recente anche il *Council of European Energy Regulators* («Ceer»)<sup>54</sup> e ha arrecato

<sup>53</sup> Devo tale osservazione a G. Landi, C. Scarpa, *Il livello ottimale degli incentivi*, cit., 86.

<sup>54</sup> Si v. *Ceer position paper on the European Commission's Communication «Making the internal energy market work»*, May 2013.

un significativo pregiudizio ai consumatori finali per l'aumento eccessivo delle tariffe dell'energia tradizionale<sup>55</sup>.

L'elevato grado d'incertezza normativa, insito nel susseguirsi di continui mutamenti dei regimi di sostegno, ha fatto inoltre correttamente presumere agli operatori economici che, in una fase successiva, sarebbero stati posti vincoli agli incentivi superiori all'abbassamento dei costi d'investimento e, quindi, che fosse più conveniente effettuare scelte immediate, ponendo di conseguenza sui consumatori finali oneri sociali elevatissimi<sup>56</sup>.

Attualmente, infatti, la copertura dei costi di sostegno grava unicamente sui consumatori finali di energia elettrica; non è politicamente proponibile, in effetti, porre tali costi a carico della collettività generale tramite il prelievo fiscale progressivo, dato il livello già elevatissimo d'imposizione fiscale, benché tale modalità di copertura dei costi risulti più equa (ad esempio, i nuclei familiari più numerosi caratterizzati da consumi elevati, ma, talora, da un basso reddito pro capite con l'attuale sistema sono stati costretti a sopportare costi assai significativi).

Negli ultimi anni si è assistito a una riduzione significativa delle tariffe incentivanti ma, anche in tal caso, si è avuto più di mira l'abbassamento dell'onere sociale gravante sui consumatori che la definizione di un livello d'incentivazione ottimale per ciascun impianto sulla base della maturità della tecnologia utilizzata e la conseguente diminuzione dei costi d'investimento.

Tali interventi normativi avrebbero dovuto essere preceduti, di volta in volta, da un'accurata analisi dei costi e benefici della nuova regolazione introdotta, in modo da evidenziare l'effettivo livello ottimale dell'incentivo da erogare<sup>57</sup>.

La scienza economica evidenzia, in una prospettiva teorica, la maggiore efficienza dei meccanismi d'incentivo affidati al mercato a definire questo livello, in quanto possono consentire la minimizzazione dei costi sopporta-

<sup>55</sup> Il prezzo del fotovoltaico, infatti, è in media di quasi 300 euro/MWh rispetto ad un prezzo all'ingrosso dell'energia elettrica che, in Italia, si aggira intorno ai 70 euro. Per una ricostruzione più analitica di tale profilo, si v. G. Landi, C. Scarpa, *Il livello ottimale degli incentivi verso la grid parity*, in G. Napolitano, A. Zoppini, cit., 79.

<sup>56</sup> Sull'incertezza normativa come fattore problematico in vista della promozione delle fonti rinnovabili si v. C. Ammanati, *L'incertezza del diritto. A proposito della politica per le energie rinnovabili*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, n. 3/2012, 2 ss.; in tal senso si v. anche G.F. Cartei, *Tutela dell'ambiente e mercato energetico europeo nella disciplina delle energie rinnovabili*, in *Dir. econ.*, 2013, n. 3.

<sup>57</sup> Auspicava l'introduzione dell'analisi di impatto della regolazione nella disciplina sugli incentivi N. Rangone, *Fonti rinnovabili di energia: stato della regolazione e prospettive di riforma*, in *Giur. cost.*, 2010, 1490.



## gli incentivi alle fonti rinnovabili

bili, unita a una massimizzazione dei benefici conseguibili. Il ricorso a meccanismi di questo tipo poi, risulta il più coerente con la decisione fondamentale di sistema di liberalizzare il mercato della produzione e distribuzione dell'energia, intrapresa con la direttiva 96/92/CE e la sua progressiva integrazione a livello europeo.

Non è un caso che di recente la Commissione europea<sup>58</sup> abbia ritenuto più efficaci «i regimi basati su volumi necessari di produzione anziché su entrate garantite della produzione» poiché, nonostante elevino il livello di rischio degli investitori, possono «mettere in concorrenza tra loro le varie tecnologie e rendere i produttori più attenti ai segnali del mercato».

Tali meccanismi funzionano tuttavia in modo adeguato, com'è stato evidenziato, se supportati da una disciplina normativa che li contempla e definisce le finalità di tutela ambientale da conseguire. Il quadro normativo di supporto si rende necessario per la natura precettiva assunta dai vincoli posti dal legislatore europeo circa i quantitativi obbligatori da generare di energia da fonti rinnovabili destinati al consumo finale.

In tale logica tuttavia, l'intervento pubblico che regola il funzionamento di tali meccanismi non dovrebbe sostituirsi indebitamente a questi, annullando la capacità del mercato di offrire segnali appropriati agli operatori economici circa le decisioni più convenienti da assumere perché in tal caso sono pregiudicati i benefici stessi insiti nel ricorso a strumenti di mercato.

Come sostenuto di recente anche dalla Commissione<sup>59</sup>, tale intervento dev'essere sottoposto a un rigoroso test di proporzionalità che valuti la sua conformità all'obiettivo perseguito e la necessità della sua esplicazione per ottenerlo<sup>60</sup>. Seguendo la nota tassonomia utilizzata prima dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa tedesca e poi dalla Corte di giustizia, la necessità della misura introdotta, definita anche «la regola del mezzo più mite» (*Gebot des mildesten Mittels*) dovrebbe orientare l'intervento pubblico sulla scelta che comporta il minor sacrificio possibile della libertà d'iniziativa economica. In tale prospettiva la proporzionalità rappresenta un precipitato di un principio di natura pre-giuridica, quello di ragionevolezza, che impone all'amministrazione di porre in essere azioni logiche, coerenti e razionali per perseguire i propri obiettivi.

<sup>58</sup> Si v. COM (2013), 7243 cit.

<sup>59</sup> Ibidem, cit. 11.

<sup>60</sup> Sul principio di proporzionalità dell'azione amministrativa si v. A. Sandulli, *La proporzionalità amministrativa*, Padova, Cedam, 1998; D. Urania Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998; S. Cognetti, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e analisi sistematica*, Torino, Giappichelli, 2011.

Tali meccanismi, inoltre, dovrebbero essere talmente flessibili da adeguare gradualmente l'intensità dell'incentivazione al progredire dell'evoluzione tecnologica e al mutamento delle condizioni di contesto in modo da evitarne gli eccessi o, viceversa, da determinarne la scarsità.

La disciplina degli incentivi, dunque, dovrebbe porre agli strumenti di mercato vincoli coerenti con quei principi di proporzionalità, di ragionevolezza e di parità di trattamento che, in base già alla giurisprudenza costituzionale<sup>61</sup> più risalente, devono necessariamente assistere i limiti all'esercizio della libertà d'iniziativa economica.

Il mutare nel tempo della disciplina sui regimi degli incentivi, infine, dovrebbe essere improntata ad assicurare la tutela del legittimo affidamento dei cittadini nella certezza del diritto che, come affermato in più occasioni dalla Corte costituzionale<sup>62</sup>, costituisce un presidio ineludibile della libertà d'iniziativa economica contemplata dall'art. 41 della Costituzione, a tutela del legittimo affidamento delle scelte degli operatori economici. Tale principio è diretto a garantire un quadro normativo chiaro e stabile, condizione essenziale per garantire il funzionamento ottimale di un'economia di mercato improntata sul calcolo razionale secondo quanto affermato da Max Weber: «ciò che occorre al capitalismo è un diritto che possa venir calcolato al pari di una macchina»<sup>63</sup>.

Non a caso gli stessi principi corrispondono ai criteri esplicitati sia dalla direttiva 28/2009, sia dalla disciplina domestica (art. 23 del d.lgs. n. 28/2011) in sede di recezione della disciplina europea sul riordino dei regimi di sostegno nazionali.

La stessa Commissione Europea, nella Comunicazione *Renewable Energy: a major player in the European Energy market* del giugno 2012, ha ribadito la necessità di dare continuità e stabilità al quadro politico e normativo poiché solo garantendo certezze agli investitori sarà possibile garantire uno sviluppo costante delle fonti rinnovabili e permettere la maturazione di tecnologie sempre più perfezionate. Al tempo stesso ha mostrato la necessità di meccanismi incentivanti il più possibile flessibili, ossia in grado di adattarsi al graduale abbassamento del costo delle tecnologie.

Si ritorni dunque a meccanismi di incentivazione fondati sul mercato, ma supportati da un intervento pubblico correttivo e basati su regole certe

<sup>61</sup> Si v. sent. C. cost., 8 giugno 1960, n. 38.

<sup>62</sup> Si v. sent. C. cost. 22 ottobre 2010, n. 302; 7 luglio 2005, n. 264; 24 luglio 2009, n. 236; 9 luglio 2009, n. 206.

<sup>63</sup> Si v. M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen; trad. It., *Economia e società*, Milano, Giuffrè, 1995. La citazione è ripresa anche da M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2013, 151.

## **gli incentivi alle fonti rinnovabili**

in grado di garantirne un funzionamento adeguato senza venir meno, tuttavia, al principio di proporzionalità dell'azione amministrativa e ai principi informativi del processo di liberalizzazione del mercato europeo dell'energia elettrica, principalmente quello della tutela dell'affidamento del cittadino nella certezza giuridica.

### *Abstract*

*Renewable energies support schemes and the principles of proportionality and fairness towards citizens*

*This essay analyses the support schemes on renewable energies that have been introduced by the national legislator in order to fulfill the obligations under European law about the promotion of these sources of energy.*

*In the first part, the Author examines the strengths and weaknesses of the utilization of market instruments and administrative tools to enhance the production of renewable energies. Moreover, the essay questions the quality and the level of public support of market trends. The Author suggests some changes that could prevent public intervention from substituting and voiding the market rules; in particular, public intervention should be consistent with the principle of proportionality, and should only correct market failures, in order to let the market reach the optimal level of incentive.*

*Finally, the essay analyzes the continuous changes that have occurred in the support schemes. This frequent modification sometimes has affected the duration of the support schemes already existing; hence, the expectations of stakeholders could have been prejudiced by these alterations, in contrast with the principle of fairness towards the citizens.*



# ARTICOLI

FULVIO CORTESE

## LE INFRASTRUTTURE PER LE CITTÀ\*

SOMMARIO: 1. Premessa: l'importanza e la disciplina complessa del tema infrastrutturale. – 2. Infrastrutture *per...* – 3. Infrastrutture *e città*: strutture logiche... – 4. (*segue*) e metodi di interazione reciproca. – 5. Tra elementi di frizione e margini di opportunità. – 6. Crisi e infrastrutture per *le città*: una valutazione sulle tendenze evolutive in atto.

### **1. Premessa: l'importanza e la disciplina complessa del tema infrastrutturale**

L'importanza del tema infrastrutturale, ormai, può considerarsi quasi alla stregua di un luogo comune.

Esso, infatti, viene usualmente richiamato in molteplici contesti (locali, regionali, nazionali, europei, internazionali *tout court*), secondo declinazioni di volta in volta differenti (ad esempio, a seconda del tipo di servizio o di interesse o di “politica” cui essa risulterebbe strumentale: e quindi si discute di infrastrutture di comunicazione o di trasporto, portuali o aeroportuali, energetiche, etc.), ma anche da parte di soggetti diversi (amministratori locali, dirigenti pubblici, assessori regionali, membri del Governo, parlamentari; ma anche operatori privati).

È un tema senz'altro trasversale, e lo è, del resto, anche dal punto di vista normativo, non solo perché i *contesti*, gli *interessi* o i *soggetti* che se ne fanno interpreti portano con sé, spesso, un patrimonio di discipline che se ne occupano espressamente e che necessitano, altrettanto spesso, di un'opportuna coordinazione. Quando si ha a che fare con le infrastrutture, si tratta anche di un problema di convergenti *prospettive*: quella della pianificazione, quella del finanziamento, quella della progettazione, quella della realizza-

\* Il presente scritto trae spunto dal corrispondente intervento svolto il 13 aprile 2012 nell'ambito della Giornata di studio su “Infrastrutture per la ripresa economica. Opere, reti e servizi per il rilancio del sistema-paese tra canoni giuridici e dinamiche territoriali ed economiche”, tenutasi presso l'Università IUAV di Venezia. Nonostante ciò, il contributo si nutre anche di ulteriori riflessioni, dovute alla considerazione di sopravvenuti interventi normativi.

zione, etc. Ciascuna di queste dimensioni chiama in gioco un correlato sistema di regole, spesso in costante evoluzione.

Ciò premesso, è opportuno chiarire che il presente contributo non intende affrontare compiutamente il complesso e articolato sistema di nessi che coinvolgono tutte le possibili sfaccettature del tema infrastrutturale. L'obiettivo di questa riflessione è esclusivamente quello di indagare, in una prospettiva teorico-generale, la tipologia delle tensioni che animano un tale tema nel contesto delle relazioni *centro-periferia*, e quindi nell'ambito dei rapporti che possono esistere tra *soggetti* che, all'interno della cornice territoriale dello Stato, e per ciascun *contesto* possibile, possono farsi portatori di *interessi* non pienamente convergenti.

Campo privilegiato di osservazione per un'analisi di questo genere non può che essere il terreno delle *infrastrutture cittadine*, vale a dire delle opere infrastrutturali che sono destinate alla(e) città e alla(e) comunità che vi si relaziona, stabilmente o solo temporaneamente. Su questo terreno, l'indagine teorica in merito alle tensioni *centro-periferia* consente di esprimere anche qualche valutazione d'insieme, non solo sull'adeguatezza complessiva del metodo con cui il legislatore italiano prova ad affrontare il problema, ma anche sulle tendenze evolutive dell'assetto normativo.

## 2. Infrastrutture per...

Qual è il rapporto tra le infrastrutture e le città?

Il fatto che questo non sia un quesito banale è presto dimostrabile. Esso, infatti, ha due possibili significati; e la stessa cosa vale, del resto, per l'espressione "infrastrutture per le città", in cui si risolve anche il titolo di questo contributo.

Che cosa vuol dire, dunque, "infrastrutture per le città"? Ci si intende riferire a *tutte* le città oppure a *ciascuna* di esse? L'angolo visuale non è indifferente, in particolare per una breve riflessione che non si proponga di dilungarsi su quali possano essere i caratteri dell'assetto normativo esistente e che intenda, invece, proporre una possibile *chiave di lettura*, sia in funzione critica rispetto a ciò che già esiste, sia in funzione propulsiva rispetto a potenziali e preferibili evoluzioni future.

Nel primo caso ("infrastrutture per tutte le città") si allude chiaramente a ciò che dovrebbe essere infrastruttura per *qualsiasi* città; verrebbe da dire, in altri termini, per la città *tout court*, per quell'entità che oggettivamente dovrebbe qualificarsi come tale, al di là della sua storia, della sua localizzazione topografica, della sua dimensione, delle sue effettive relazioni

## le infrastrutture per le città

con il territorio più vasto. Nel secondo caso (“infrastrutture per ciascuna città”) si può pensare, invece, ad ogni elemento che sia definibile come infrastruttura *in e per* ogni *singola* città, venendo così in considerazione ciò che di volta in volta è suscettibile di rientrare nella fattispecie, a seconda dei bisogni, degli spazi, dei progetti e dei problemi che caratterizzano, in modo naturalmente differenziato, la vita di una determinata comunità.

La *prima opzione* consente di accedere, potenzialmente, ad una serie di infrastrutture omogenee ed irrinunciabili, ad una sorta di minimo comune denominatore dell’essere infrastruttura cittadina; in poche parole, ad una vera e propria operazione di *reductio ad unum*, di individuazione di un modello ideale di città e di un modello parimenti ideale di corrispondenti infrastrutture cittadine.

Rispetto a simile operazione, è difficile che siano le stesse città, di propria spontanea iniziativa, a convergere sempre e comunque verso il medesimo obiettivo. Il più delle volte sarà così, ma molte altre volte quest’ipotesi non si darà, dal momento che soltanto la conoscenza e l’analisi di *tutti* i fenomeni cittadini consente di ricavarne un’idea trasversale della città e di quelle che dovrebbero esserne le relative infrastrutture: si tratta di un angolo visuale che alla *singola* città non è disponibile. È quasi scontato, cioè, che, in questo frangente, sia un soggetto diverso e *superiore* a svolgere simili indagini e ad operare le connesse qualificazioni preliminari.

Tale conclusione, poi, non deriva soltanto dalla capacità di visione ampia e complessiva che, come sempre, si riconosce a chi si trova “in alto”; essa è anche la conseguenza dell’aspirazione politica, storica e istituzionale di questo soggetto ad informare di sé tutti coloro che da esso dipendono, direttamente o indirettamente. E se le città sono riconducibili ad un determinato ordinamento, a sua volta riconducibile ad un determinato Stato, allora è quest’ultimo ad essere titolare della predetta aspirazione.

A voler prendere sul serio, però, la *seconda opzione* – quella relativa all’assunzione del punto di vista delle “infrastrutture per ciascuna città” – quest’ultima eventualità non è in alcun modo scontata. Come è possibile, infatti, che un *solo* soggetto, *superiore* e quindi estraneo a qualsiasi *livello* cittadino, possa capire quali siano le infrastrutture di cui *ogni singola* città dovrebbe disporre?

In questa cornice, la menzionata *reductio ad unum* non è soltanto “innaturale”. Essa è anche di complessa realizzazione e capace di attivare, sul piano cittadino, vere e proprie distorsioni, finendo per agevolare la “produzione” artificiosa di infrastrutture che sono tali soltanto perché sono previste in modo asseritamente doveroso e che, viceversa, sono destinate, prima o poi, a perdere la loro sostanziale vocazione strumentale e ad esaurire le ri-

sorse disponibili alle specifiche esperienze locali. A meno che non si tratti di contesti statali nei quali le “città” non godano di alcuna forma o prerogativa di autonomia.

Pertanto, se è possibile riscontrare, al livello cittadino, una qualche forma di autonomia e se “infrastrutture per le città” significa “infrastrutture per ciascuna città”, a rigore è indispensabile, quanto meno, che sia la singola città a poter esprimere la propria necessità e, correlativamente, a definire che cosa sia, precisamente e in modo circostanziato, l’infrastruttura di cui dotarsi.

Si comincia, così, a percepire l’importanza dell’interrogativo iniziale.

Infatti, l’alternativa *di senso* qui rapidamente descritta (*infrastrutture per tutte le città vs. infrastrutture per ciascuna città*) aiuta a comprendere che ad essere virtualmente in dubbio, almeno da un punto di vista teorico, sono la stessa *definizione* di infrastruttura e l’*identità* di chi può operarla e dettarne una conseguente disciplina.

Le “infrastrutture per tutte le città”, evidentemente, sono, da un lato, le infrastrutture (in senso stretto) che vengono *usualmente* associate allo spazio cittadino (nel quale *vi devono sempre essere* un certo numero di parcheggi, luoghi di culto, parchi pubblici, scuole, ospedali etc.; ma anche un certo numero e una certa tipologia di “reti” della più diversa natura, da quelle per la distribuzione del gas e dell’energia elettrica a quelle, anche le più sofisticate, di comunicazione), dall’altro le infrastrutture (in senso lato) che corrispondono alla *capacità amministrativa* in sé e per sé considerata (e che sono costituite da quei principi e da quelle regole operative che ogni pubblico potere deve rispettare, alla stregua di un essenziale *know how* funzionale ed organizzativo che quindi deve caratterizzare anche l’operato degli organi di governo della città).

Qui viene in primo piano il *cono d’ombra* di quello che si può definire, ma solo genericamente, l’*interesse generale*, quello nel quale si dovrebbero riconoscere *tutti i cittadini*, indipendentemente dalla città, ma pur sempre nel contesto di una cittadinanza di più ampia natura (tradizionalmente, quella statale) e non rinunciabile a seconda della collocazione geografica del suo titolare all’interno dell’area di influenza dell’ordinamento. La definizione di questo interesse e degli standard ad esso collegati in funzione della protezione e della soddisfazione di diritti di cittadinanza (nel senso ampio da ultimo indicato) non può che competere al soggetto che, nell’ordinamento, è il garante della grammatica e della sintassi con cui tutti gli altri soggetti devono normalmente operare (e, come si è anticipato, tale soggetto è, storicamente, lo Stato<sup>1</sup>).

<sup>1</sup> Lo è storicamente, ma lo è, nel nostro ordinamento, anche positivamente. Come è



## le infrastrutture per le città

Le “infrastrutture per ciascuna città”, all’opposto, possono consistere, per un verso, in quelle infrastrutture (in senso stretto) che *una* o *più* città materialmente richiedono (e che, ad esempio, sono rappresentate da opere pubbliche di varia natura, quali la costruzione di un ponte o la realizzazione di un centro culturale e multifunzionale, etc.), per altro verso, nelle infrastrutture (in senso lato) che consentono lo svolgimento delle politiche cittadine, anche nel senso, cioè, di permetterne il coordinamento efficace con coerenti politiche di livello superiore (e che si traducono, quindi, nel necessario previo allestimento di *altre infrastrutture serventi* rispetto a quelle propriamente cittadine o *altri strumenti* di comunicazione o di confronto costante, ad esempio da parte di tutti gli enti territoriali che intersecano la propria azione con quella del governo cittadino e che spesso hanno la responsabilità che vi siano i presupposti per il formarsi o per lo svolgimento effettivo delle politiche locali).

In questo caso viene in gioco un insieme di interessi pubblici assai articolato, nel quale, pur non mancando profili concernenti l’anzidetto interesse generale, dovrebbero sempre considerarsi come oggetto di peculiare attenzione anche gli interessi collettivi radicati nel contesto cittadino, ivi compreso quello, per così dire, “primario” consistente nella possibilità che la città (o meglio, ogni città) sia in grado (*abbia il potere di*) esprimersi e di individuare sia le questioni che deve affrontare la relativa comunità, sia le possibili soluzioni. E ciò, ovviamente, anche dal punto di vista delle scelte sulle relative infrastrutture.

A fronte di quanto precisato finora, e sempre da un punto di vista puramente teorico-generale, occorre acquisire un primo dato fondamentale: le dinamiche concernenti la formazione e il contenuto della disciplina delle “infrastrutture per le città” sono costitutivamente oscillanti tra un polo che fa naturalmente capo ad un *modello* di infrastruttura e ad un suo interprete privilegiato (i.e. allo Stato, o anche a qualsiasi altro livello “superiore” di governo) ed un polo che si nutre, innanzitutto, dell’*identità* e dell’*abilità progettuale* delle singole “città”. Le eventuali criticità di una simile oscillazione stanno tutte nella ricerca di un corretto equilibrio nelle relazioni tra i due poli<sup>2</sup>.

risaputo, l’art. 117, comma 2, lett. m, Cost. prevede che lo Stato sia titolare di potestà legislativa esclusiva circa la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale». Con riferimento a questo peculiare titolo di competenza, il nesso tra necessità di una disciplina uniforme e necessità di tutelare una “cittadinanza” di natura più estesa di quella locale è particolarmente evidente.

<sup>2</sup> Ed è la ricerca di tale equilibrio che rappresenta, del resto, «il principale nodo inso-

### 3. Infrastrutture e città: strutture logiche...

Per meglio indagare il modo con cui queste criticità possono presentarsi e la profondità dei conflitti che esse possono ingenerare, è utile mettere a nudo le *strutture logiche* che orientano le dinamiche dei due distinti poli di oscillazione.

Volendo schematizzare al massimo, si potrebbe constatare che l'approccio che privilegia una concezione ideale delle infrastrutture e, correlativamente, della città che su di esse deve poggiare tende sempre a favorire il primato di una definizione e di una disciplina il più possibile uniformi, sia dal punto di vista tipologico (*quali* sono le infrastrutture), sia dal punto di vista funzionale (*come* si scelgono, si programmano e si costruiscono quelle infrastrutture).

In particolare, la *catena* in cui si articola un tale approccio può essere così rappresentata: *infrastruttura (-interesse) / potere / principio di uguaglianza (-principio di legalità)*.

Essa opera, tendenzialmente, in questo modo: la presa d'atto, sul piano che compete alla cittadinanza nazionale, della circostanza che è necessario procedere all'individuazione di specifici standard infrastrutturali giustifica l'esercizio di un potere che sia adeguato a questa operazione e che si esprima, a garanzia dei principi di uguaglianza e di legalità, nella fissazione di quegli standard (e nella disciplina delle azioni) che dovranno mettere in opera tutti i soggetti cui l'ordinamento riconosce il compito di governare le città.

Gli estremi della catena, come si può agevolmente rilevare, si toccano e, anzi, si giustificano reciprocamente: è il modello della cittadinanza nazionale ad esigere garanzie di uguaglianza e di legalità, le stesse garanzie che, per loro intrinseca vocazione, non tollerano differenziazione alcuna e possono, così, spiegare la compressione del polo in cui potrebbero naturalmente e spontaneamente espandersi l'identità e la progettualità locali.

Si noti che questa catena non opera soltanto ed esclusivamente laddove vengano in gioco diritti o libertà che necessitano un trattamento omogeneo; essa opera anche laddove la valutazione (politica) dell'interesse generale trascenda gli aspetti della tutela e della garanzia di situazioni soggettive, ma si spinga a considerare come obiettivamente imputabili alla cittadinanza

luto», specialmente laddove il quadro istituzionale ambisca a farsi interprete coerente, efficiente e "competitivo" nella decifrazione e disciplina dei «rapporti fra territori e attività economiche»: v., sul punto, per l'analisi del problema in generale, al di là della questione delle infrastrutture, C. Barbati, *Territori e attività economiche*, in C. Barbati, G. Endrici, *Territorialità positiva. Mercato, ambiente e poteri subnazionali*, Bologna, il Mulino, 2005, 107.

## le infrastrutture per le città

nazionale interessi *altri*, quegli interessi, cioè, che, come si diceva, le singole “città” non possono “leggere” dal basso e che richiedono, ragionevolmente, una migliore posizione di controllo<sup>3</sup>.

Senza addentrarsi in troppe precisazioni e in approfondimenti eccessivamente complicati, si deve subito notare, innanzitutto, che questa struttura logica ha assunto, nel nostro ordinamento, una portata storica davvero decisiva, poiché è del tutto simmetrica all’analogica struttura logica (di matrice liberale) che identifica Stato e ordinamento e che ha sempre informato tutte le relazioni istituzionali tra il *centro* e la *periferia*, dall’Unità ai giorni nostri, e la cui migliore espressione si deve alla limpida teorizzazione fornita da Santi Romano nelle pagine dedicate ai Comuni all’interno del *Trattato Orlando*<sup>4</sup>.

Esiste, in altre parole, una sorta di *invariabile proporzione non scritta*, per la quale il *centro* “sta” al cittadino come la *periferia* “sta” al cittadino, pena la possibilità che vi siano *periferie* che si rapportano al cittadino, che è simultaneamente “membro” di una comunità locale e “membro” di una nazione, in modo differente. Sicché la periferia è sempre *parte* del centro, ma non (solo) nel senso di appartenenza al medesimo ordinamento, bensì nel senso di condivisione dello stesso corpo organizzativo, nell’implicita (ma non definitiva) convinzione che questo sia l’unico modo per assicurare il raggiungimento di risultati identici o, quanto meno, comparabili<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Vengono, così, in gioco altri titoli di attivazione della potestà legislativa statale, esclusiva o concorrente (ex art. 117, commi 2 e 3, Cost.), al di là di quello, specifico, segnalato alla nt. precedente. La tutela di “interessi pubblici” forti, quale quello relativo alla concorrenza, è uno degli ambiti più interessanti e problematici. V. comunque *infra*.

<sup>4</sup> Santi Romano, *Il Comune (parte generale)*, in *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, vol. II, parte I, Milano, Società editrice libraria, 1908, 497 ss., in part. 553-555 (v. oggi anche in Id., *Gli scritti nel Trattato Orlando*, Milano, Giuffrè, 2003, 421 ss., in part. 490-493). Su questa lettura v. F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, FrancoAngeli, 2012, 60 ss.

<sup>5</sup> Un modello simile è quello francese: per un’affermazione espressa (e recente) della stessa impostazione v. J.B. Auby, *Droit de la ville*, Paris, LexisNexis, 2013, 196. Come ha osservato P. Costa, *Un’appartenenza plurale: istanze autonomistiche e immagini della cittadinanza nell’Italia repubblicana*, in *Le autonomie locali. Dalla Resistenza alla prima legislatura della Repubblica*, a cura di P.L. Ballini, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2011, 437, «la costruzione e lo sviluppo dello Stato unitario in Italia si inseriscono facilmente in questo quadro», alla stregua del quale, quindi, «risulta vincente l’immagine di uno Stato capace di ricondurre a sé la molteplicità dei soggetti e degli enti attraverso una rigida organizzazione burocratico-discendente del potere». Tuttavia, lo stesso Autore osserva, constestualmente, che «non dobbiamo (...) trarre da ciò la conseguenza di un azzeramento dell’alternativa: al contrario, i tentativi di ripensare la dialettica fra centro e periferia a partire da una fondazione della sovranità “dal basso” sono ricorrenti nel dibattito politico italiano, anche se periodi di “latenza” si alternano a periodi di più forte ed esplicita tensione progettuale».

In secondo luogo, poi, è opportuno evidenziare che la struttura logica così rappresentata può pacificamente operare non solo sul piano della giustificazione dei limiti essenziali all'autonomia territoriale locale e, per ciò che riguarda il tema di questo saggio, alla sua capacità di immaginare e progettare le infrastrutture ad essa meglio congeniali. Non si tratta, cioè, soltanto di *delimitare presupposti* cui le città dovrebbero dare (un parzialmente) autonomo sviluppo. Si può tranquillamente trattare anche di *stabilire e/o incentivare e/o realizzare interventi infrastrutturali puntuali*, vuoi per iniziativa diretta del centro (che “decide” o “costruisce” l'infrastruttura che considera ineludibile per lo svolgimento localizzato delle *sue* politiche), vuoi per indiretta sollecitazione economica (a mezzo di finanziamenti *ad hoc* per la realizzazione, in ogni città, di specifiche infrastrutture o per il coinvolgimento).

Ciò chiarito, appare semplice comprendere come tende ad operare l'altro polo dell'oscillazione.

La *catena* in cui si snoda la relativa struttura logica è, a suo modo, uguale e contraria a quella ora illustrata, e si può così rappresentare: *città (-interesse) / potere / infrastruttura (-differenziazione)*.

In un simile contesto, l'infrastruttura è il prodotto di un *processo* che non si muove necessariamente o solo da elementi altrove predefiniti, ma che vive di sollecitazioni squisitamente e *stricto sensu* cittadine, in quanto provenienti dai bisogni e dai problemi che una determinata comunità locale sente di potere e di dovere soddisfare, e che, di volta in volta, non potranno che risultare diversi e richiedere, in tal modo, soluzioni ragionevolmente differenziate.

Anche con riferimento a questa struttura logica si può sottolineare un profilo importante.

Esso ha a che fare con la circostanza che, stando alla ricognizione del fisiologico funzionamento di questa seconda *catena*, la piena esplicazione dell'identità e della capacità progettuale del livello locale può anche contemplare l'assenza di un bisogno e, quindi, la sufficienza delle infrastrutture esistenti o la mancanza di necessità circa la realizzazione di ulteriori infrastrutture o, ancora, l'acquisizione, in funzione infrastrutturale, di altre risorse territoriali, che, coinvolte o coinvolgibili nella realizzazione sinergica di obiettivi in tutto o in parte condivisi, possono restituire *ex se* risultati di interesse collettivo o di interesse generale, senza alcuna nuova ed ulteriore attività.

Vero è che quest'ultima eventualità potrebbe essere contemplata anche dalla disciplina ipoteticamente uniforme e scaturente dal funzionamento dell'*altra* catena, facente capo al *centro*. Ma è anche e parimenti vero che, come si è anticipato nel paragrafo precedente, l'attitudine a “fare istrutto-

## le infrastrutture per le città

ria” assume, nei due casi, una forza del tutto incomparabile: il *centro* tende a guardare alla *periferia* sempre allo stesso modo, essendo difficile che riesca a cogliere le singole opportunità che puntualmente si presentano nella specifica “città”.

C’è un altro profilo da tenere in considerazione. Al “capo” della catena da ultimo esaminata non si trova, necessariamente, un concetto suscettibile di espressioni omogenee.

Non c’è – non esiste – “la città”, ma ci sono “le città”, con fisionomie e grandezze, sia quantitative, sia qualitative, non pacificamente sovrapponibili. Con ciò, quindi, si deve avvertire che, sempre da un punto di vista teorico-generale, non vi può essere piena ed automatica identificazione tra queste “città” e i *Comuni*, così come definiti nell’assetto costituzionale e, più in generale, in tutto il diritto positivo vigente.

A volte – senza che sia indispensabile utilizzare lo strumento, pur astrattamente utile, ma ancora in fase di “lancio”, delle Città metropolitane – le “città” ricomprendono, materialmente, il territorio di più Comuni, e non solo quando vi è un Comune “maggior” attorno al quale gravitano altri Comuni “minori”. Sempre più spesso, infatti, vi possono essere “filiere” di Comuni “minori”, che si estendono lungo determinate arterie viarie o che seguono, per così dire, le esigenze territoriali di determinate lavorazioni industriali o artigianali, ovvero di determinate istanze commerciali, ovvero, ancora, degli stimoli alla circolazione che vengono indotti dalla costruzione (o anche dalla sola ideazione), su spazi più ampi (anche ultra-statali o, meglio, europei), di reti di circolazione capaci di mettere in comunicazione quelle “filiera” con territori anche lontanissimi. Conseguentemente, i *bisogni infrastrutturali* non sono (e non possono essere) soltanto quelli dei singoli aggregati urbani, bensì tendono a coincidere (o a *voler* coincidere) con quelli delle menzionate “filiera”, dando in tal modo luogo ad istanze di programmazione e di progettazione del tutto nuove, se non del tutto alternative, a quelle esistenti sul piano meramente locale. Di qui la crescente responsabilizzazione di livelli di governo necessariamente sovracomunali (e, in primo luogo, regionali)<sup>6</sup>.

La stessa cittadinanza, a questo livello, non è, e non può più essere, soltanto quella comunale<sup>7</sup>: il livello degli interessi tende ad innalzarsi, richia-

<sup>6</sup> Per un’analisi delle complesse relazioni tra l’emersione territoriale di determinati bisogni infrastrutturali e la pianificazione regionale in uno specifico contesto (quello veneto) cfr. P. Feltrin, S. Maset, *Le onde lunghe dello sviluppo territoriale del Nord*, in P. Perulli (a cura di), *Nord. Una città-regione globale*, Bologna, il Mulino, 2012, in part. 75 ss.

<sup>7</sup> Il dato emerge lucidamente da quanto evidenziato da M. Cammelli, *Governo delle città: profili istituzionali*, in *Le grandi città italiane. Società e territori da ricomporre*, a cura di G. De-

mando, così, l'esigenza che le scelte politiche trovino composizione in una "città" diversa, magari ancora *da formarsi*.

Del resto, come è stato acutamente e correttamente enfatizzato in alcuni studi recenti, la "città" è un fenomeno che, a dispetto dell'iconografia stereotipata (e "stratificata" nell'immaginario comune) di mura, fossati, recinti e perimetri, poco si presta ad essere *confinato* e che, salvo esigenze contingenti maturate in settori ben definiti (della difesa, dell'igiene, dell'ordinato sviluppo dei poteri pubblici su di un certo territorio), la tendenza della vita cittadina è sempre di costituzione di un *rapporto osmotico*, dalle molteplici "stagioni" e possibilità evolutive (o in-volutive)<sup>8</sup>.

Ma potremmo anche esprimerci con un'immagine differente: una cosa è lo spazio del *palatium*, come sede delle attività amministrative che per la collettività sono indispensabili; altra cosa è la "città" complessivamente intesa, che sempre misura i suoi lineamenti nella relazione con la "campagna", e quindi con tutto ciò che, in modo mobile, ne rappresenta l'interlocutore immediato. Ipotizzare che questa relazione sia sempre destinata a ripetersi con le stesse movenze e con le stesse proporzioni è del tutto illusorio, e di ciò si è accorta da moltissimo tempo soprattutto la scienza urbanistica, che ha colto, nelle trasformazioni storicamente indotte dalla rivoluzione industriale, l'idea della città come di un organismo pulsante e suscettibile di spostamenti e di mutazioni camaleontiche, specialmente in correlazione alle questioni infrastrutturali (segnatamente in rapporto alle questioni connesse alle reti di trasporto)<sup>9</sup>.

matteis, Venezia, Marsilio, 2011, 335 ss., in part. 339: «Risultano nettamente prevalenti (...) le dinamiche scompositive in termini di città plurima, sia in orizzontale (città di città) che verticale (governi di settore), con la conseguenza (inevitabile?) che il frazionamento/evanescenza della *polis* porta a una corrispondente tensione, al limite della dissolvenza, della *civitas*».

<sup>8</sup> Sulle innegabili, grandi e costanti trasformazioni della morfologia urbana cfr., recentemente, lo studio di G. Martinotti, *Dalla metropoli alla meta-città. Le trasformazioni urbane all'inizio del secolo XXI*, in *Le grandi città italiane*, cit., 25 ss., in cui, peraltro, si mette bene in luce l'effetto potenzialmente deflagrante che può avere la diffusione delle tecnologie e, per quanto qui rileva, la sostituzione di infrastrutture fisiche con infrastrutture digitali.

<sup>9</sup> Davvero illuminanti, sul punto, sono le ricostruzioni offerte dal classico contributo di G. Astengo, voce *Urbanistica*, in *Enciclopedia Universale dell'Arte*, vol. XIV, Venezia, Sansoni, 1966, 541 ss. (oggi ripubblicata anche in autonomo volume: G. Astengo, *Urbanistica, la scienza del futuro*, Trento, La Finestra editrice, 2011; ma è integralmente disponibile *on line*: [www.unipa.it/badami/PDF/astengo.pdf](http://www.unipa.it/badami/PDF/astengo.pdf)). V. comunque, più recentemente, l'approfondito studio di M. Antrop, *Landscape change and the urbanization process in Europe*, in *Landscape and Urban Planning*, n.67/2004, 9 ss., specialmente laddove spiega la perdurante rilevanza del tema dei trasporti e delle relative infrastrutture proprio in ragione della parallela e perdurante rilevanza del binomio "città" e "campagna", quale invariante del dinamismo urbano, sia pur

## le infrastrutture per le città

C'è anche un terzo profilo, infine, di cui essere coscienti. La piena consapevolezza sulla “forza”, anche (e soprattutto) fattuale, delle declinazioni cui conduce l'operatività di questa seconda catena non può che aprire gli occhi sulle opposizioni che possono generarsi con i soggetti che “governano” il funzionamento della prima catena e sulle inefficienze reciproche che si possono, così, comunicare da una catena all'altra, con inevitabili effetti delegittimanti in *entrambe* le direzioni.

È opportuno rammentare, in parte anche ricorrendo a immagini e dibattiti storicamente suggestivi, che la “città” – che, come si è evidenziato, *non* è mero elemento di un corpo più ampio e che si pone come aggregazione efficace di energie e di interessi che intendono allearsi e che, a tal fine, si danno, nel territorio, un determinato “centro” (politico e amministrativo) – è fenomeno intrinsecamente *competitivo* e *rivoluzionario*.

Non si richiama, qui, il significato scontato (e, in questa sede, altrimenti banale) del termine “rivoluzione”. Si vuole ricordare, semplicemente, che, dal punto di vista storico, questo genere di aggregazione è stato determinante per la formazione di modelli sociali e di governo del tutto innovativi e alternativi rispetto a quelli dominanti e che, dal punto di vista sociologico, esso tende sempre a configurarsi quale idealtipo di *potere non legittimo*, mai pienamente riconosciuto / riconoscibile, cioè, dai “centri” alternativi e/o pre-esistenti di potere<sup>10</sup>. Dal punto di vista giuridico e istituzionale, quindi, questa considerazione fa capire come, nel tema in questione, sia effettivamente in gioco, ancora una volta, una problematica costante della tradizione occidentale<sup>11</sup>.

in forme diverse da quelle del passato. Il fatto che anche in Italia la “questione trasporti” sia, tra le questioni infrastrutturali che coinvolgono le città, il tema, ancor oggi, più sentito è testimoniato dall'attenzione che vi ha dedicato, recentemente, il Cnel, nel documento *Osservazioni e proposte in tema di infrastrutture* (30 novembre 2011): [www.portalecnel.it/portale/documenti.nsf/0/5A9245A6F3DCC773C125795A0043DD7D/\\$FILE/Infrastrutture\\_30\\_nov2011.pdf](http://www.portalecnel.it/portale/documenti.nsf/0/5A9245A6F3DCC773C125795A0043DD7D/$FILE/Infrastrutture_30_nov2011.pdf).

<sup>10</sup> Si vedano, in proposito, le belle pagine dedicate al tema da A. Scaglia, *Max Weber e la città democratica. Idealtipo del potere non legittimo*, Roma, Carocci, 2007, in part. 71 ss.

<sup>11</sup> Vale a dire, riprendendo le efficaci parole di M. Cammelli, *Governo delle città*, cit., 336, la problematica sul «ruolo del potere pubblico», variabilmente concepito «come titanico ed esclusivo interprete della volontà generale, e di conseguenza determinante protagonista dei progetti che ne discendono», ovvero come «espressione, e insieme garanzia dei beni indivisibili cominciando dalle regole del gioco, della competizione tra gruppi sociali e relativi progetti da cui muovere per la definizione del proprio ruolo senza pretese di esclusività».

#### 4. (*segue*) e metodi di interazione reciproca

Se provassimo, ora, a spostarci, almeno in parte, dal piano teorico-generale a quello dell'ordinamento vigente, potremmo trovare tracce dell'interazione tra le due *catene* in diversi luoghi e meccanismi istituzionali ed amministrativi. In proposito, potremmo anche tentare di decifrarne i movimenti e i metodi, per capire se essi si ricompongano o meno nell'equilibrio che, alla luce di quanto finora espresso, è la chiave di volta della disciplina delle "infrastrutture per le città".

La *prima* catena si manifesta, coerentemente con la sua cennata proiezione multidirezionale, su più piani.

Ad essa, ad esempio, è perfettamente congeniale che la disciplina delle opere pubbliche sia oggetto di una potenziale e frequente "attrazione verso l'alto", secondo l'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale nella notissima sentenza n. 303/2003 con riferimento alle "grandi opere" e alle infrastrutture di interesse strategico<sup>12</sup>.

Ma essa è anche coerente con la fissazione, da parte dello Stato, dei principi fondamentali del governo del territorio (art. 117, comma 3, Cost.) e, per tale tramite (ma non solo), anche delle tipologie di infrastrutture in cui si risolve la cd. "urbanizzazione secondaria"<sup>13</sup>.

Questo secondo esempio, peraltro, evidenzia un dato molto significativo. Tutto il "linguaggio" dell'urbanistica e dell'edilizia è coinvolto in un virtuale meccanismo di *trascinamento* delle possibilità di *scelta* dalle città a livelli superiori (vuoi statali, vuoi regionali).

Da un lato, le azioni che questi livelli promuovono periodicamente – siano esse topograficamente circoscritte (realizzazione di singoli manufatti considerati indispensabili nell'interesse generale), siano esse finalizzate a dif-

<sup>12</sup> La pronuncia è notissima, allo stesso modo di quanto ne è noto il contenuto e di quanto ne sono noti i molteplici (anzi, innumerevoli) commenti che la dottrina vi ha dedicato. Cfr., tra i tanti, A. D'Atena, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2003, 2276 ss., S. Bartole, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Regioni*, 2004, 578 ss., G. Falcon, *Un problema, due risposte, alcune riflessioni*, *ibid.*, 2008, 817 ss. (quest'ultimo specialmente per il confronto con la successiva sentenza, sempre della Corte costituzionale, n. 14/2004, che rafforza, ma alterandola, con riferimento alla tutela della concorrenza, la logica sottesa alla sentenza n. 303 cit.).

<sup>13</sup> Si pensi, in proposito, alla tabella posta all'appendice C della circolare dell'allora Ministro dei lavori pubblici, 20 gennaio 1967, n. 465, che, a seconda della struttura pubblica di volta in volta presa in considerazione (parco giochi, biblioteca comunale, asilo nido, scuola materna, chiesa parrocchiale, centro civico, parcheggio etc.) ha dettato specifici standard planovolumetrici, indicando numero e tipologia di opere necessarie in proporzione al numero degli abitanti e al potenziale raggio d'azione dell'utilità delle opere stesse.



## le infrastrutture per le città

fondere un determinato sviluppo, “sostenibile”, dell’attività costruttiva (v. le esperienze dei “piani casa”) – pongono il più delle volte dei dati di riferimento vincolanti e difficilmente discutibili, che le città si trovano a dover considerare come presupposti indefettibili e doverosi piuttosto che come risultati metabolizzati e riconosciuti<sup>14</sup>, e che possono anche agevolare discutibili “fughe” da una (pur) sentita e comprensibile esigenza di regolazione e di certezza<sup>15</sup>.

Dall’altro, sono sempre quei livelli (e soprattutto quello statale<sup>16</sup>) che, richiamando un’immagine utilizzata poc’anzi, stabiliscono, nella città, forma e collocazione del *palatium*, definendone struttura, funzioni, organi, e finendo, come si è detto, per configurarne sempre e comunque le fattezze nell’ambito del soggetto “Comune”. Eppure, poiché si è precisato che la “città” tende ad articolarsi e a disarticolarsi anche al di là di simile “casella”, la veste giuridica prescelta per interpretarne le necessità, lungi dal seguire con flessibilità le esigenze dei territori, non si atteggia a strumento plasmabile e adattabile, bensì a “retino” con il quale il centro tenta pur sempre di “pescare” nelle periferie e di “ricollocare” il pescabile in “acquari” a volte troppo grandi e a volte troppo piccoli. Nel caso del governo del territorio, gli effetti distorsivi possono essere facilmente valutabili, e ciò anche quando il legislatore si avvalga di figure o di istituti teoricamente innovativi e “simpatetici” rispetto alle esigenze qui segnalate<sup>17</sup>.

Per quanto concerne, quindi, la *seconda* catena, è opportuno ribadire, anche alla luce di quanto da ultimo chiarito, che essa è “regolata” e “pre-determinata” in partenza, poiché, salvi alcuni esperimenti divenuti progressivamente attuali per ragioni di politica economica<sup>18</sup>, il suo *terminus a quo* è,

<sup>14</sup> La questione della unilaterale localizzazione puntuale di opere infrastrutturali considerate di vitale importanza sul piano nazionale e dei fenomeni di “rigetto” e di “dissenso” che così si generano è fin troppo conosciuta per essere ulteriormente richiamata o approfondita. Per lo studio dei fenomeni correlati a questa tipologia di decisioni sia consentito rinviare allo studio di uno dei tanti casi che sono saliti, per così dire, agli onori della cronaca: F. Cortese, *Decisioni amministrative complesse e hard cases: il caso Dal Molin*, in *Per governare insieme: il federalismo come metodo. Verso nuove forme della democrazia*, a cura di F. Cortese e G. Arena, Padova, Cedam, 2011, 267 ss.

<sup>15</sup> V., proprio con riguardo alla richiamata esperienza dei “piani casa”, le osservazioni critiche di V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *Il secondo piano casa: una (incostituzionale) depianificazione del territorio*, in *Dem. dir.*, 2009, 106 ss.

<sup>16</sup> Si ricordi quanto dispone l’art. 117, comma 2, lett. p, Cost.

<sup>17</sup> Cfr., sul punto, le condivisibili osservazioni svolte da T. Bonetti, *Oggetto e limiti della pianificazione strategico-strutturale comunale* (nota a Tar Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 15 maggio 2006, n. 609), in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1329 ss.

<sup>18</sup> V. *infra*, par. 6.

tradizionalmente, quello strettamente comunale. Si tratta, in sostanza, di una catena che è costitutivamente destinata a “srotolarsi” negli spazi che vengono lasciati vuoti dal *centro*, e che possono essere più o meno ampi a seconda delle politiche che il livello statale o il livello regionale promuovono nell’ambito delle rispettive competenze legislative o amministrative.

In realtà, la sede privilegiata per poter apprezzare le potenzialità della struttura logica sottesa a questa catena è quella propria delle fattispecie in cui il centro ha lasciato (pur sempre) i (soli) Comuni liberi di immaginare meccanismi di programmazione elastica.

Si pensi, ad esempio, al caso della pianificazione strategica<sup>19</sup>, che, peraltro, cerca di allargare la visuale dal territorio di stretta afferenza comunale ad un’area più vasta, capace di comprendere, così, anche il territorio di altri Comuni e di porre conseguentemente le basi per occasioni sistematiche di collaborazione o di co-progettazione.

Ma si pensi anche al rapporto che potrebbe instaurarsi proficuamente tra le dinamiche di “liberazione” urbanistico-edilizia che sono state indotte dall’introduzione, a livello soprattutto regionale, di istituti di perequazione urbanistica (e di urbanistica contrattata, ivi compresa l’esperienza dei diritti edificatori<sup>20</sup>) e le ipotesi di valorizzazione o ri-conversione del patrimonio immobiliare pubblico, non solo locale, rese praticabili proprio dalla volontà dei contesti cittadini di costituire nuove *alleanze* per servire bisogni ed esigenze radicati e localmente percepiti come importanti.

Le due *catene*, quindi, cercano di esprimersi e di trovare compiute ipotesi di realizzazione, finendo spesso per incrociarsi e per assumere, almeno apparentemente, modalità operative del tutto simili.

Per quanto riguarda la catena che privilegia la realizzazione di infrastrutture considerate comunque e sempre essenziali, è interessante notare che gli spazi delle prerogative locali non sono del tutto trascurati.

Quando lo Stato ha il potere di fissare determinati standard, ciò non significa che i Comuni non possano decidere sulla distribuzione e sulla localizzazione di essi; inoltre, quando lo Stato intende realizzare opere pubbliche di diretto interesse nazionale, lo può fare soltanto previo coinvolgimento degli enti territoriali riguardati da quelle opere, con il ricorso ad una concezione relazionale o consensuale della sussidiarietà verticale<sup>21</sup> che do-

<sup>19</sup> In argomento la bibliografia si sta facendo, in questi ultimi anni, sempre più vasta. Per un’introduzione v. G. Iacovone, *Lineamenti della pianificazione strategica*, Bari, Cacucci, 2010.

<sup>20</sup> Cfr., sul tema, *Governo e mercato dei diritti edificatori. Esperienze regionali a confronto*, a cura di A. Bartolini, A. Maltoni, Napoli, Editoriale scientifica, 2009.

<sup>21</sup> V. la già citata sentenza n. 303/2003 della Corte costituzionale.

## le infrastrutture per le città

vrebbe esprimersi in apposite sedi istituzionali (le cc.dd. “conferenze”, Stato-Regioni e Unificata).

Anche la catena che muove dalla considerazione degli interessi squisitamente cittadini tende ad assumere, sempre in apparenza, pratiche collaborative e/o comunque rispettose delle prerogative altrui. In tutti i casi, ad esempio, in cui la legge statale offre ai Comuni la possibilità di contribuire alla valorizzazione e alla gestione del patrimonio immobiliare mediante la partecipazione a formule societarie di diversa natura e composizione, non si può negare che la stessa configurazione dell’istituto scelto implichi una condivisione di scopi e la possibilità, dunque, di accedere alle medesime risorse (di capitali, ma anche di spazi disponibili) per il perseguimento di politiche diverse.

Nonostante ciò, le similitudini di metodo e di direzione restano solamente superficiali, poiché – se è consentito il ricorso ad un gioco di parole – il *centro* dimostra la ricorrente tendenza a gestire questioni di *governance* con atteggiamenti di *government* (i.e. di diretta individuazione delle soluzioni disponibili), mentre la prospettiva della *governance* avanzata dal basso (e soprattutto dai Comuni) tende a radicalizzarsi in singoli e sporadici interventi di *government* locale (i.e. di decisioni prevalentemente “politiche”), condotti, per lo più, in forme *oppositive* e non semplicemente *alternative* a quelle avanzate dall’alto, e prestandosi purtroppo a diffusi episodi di inefficienza o di ritardo nel perseguimento delle politiche di più ampio raggio che vengono promosse dallo Stato o dalle Regioni.

Fuor di metafora: Stato e Regioni si contendono lo sviluppo normativo ed operativo della *prima* catena, mettendosi alla prova sul piano dell’ideazione di ricette infrastrutturali che prediligono collaborazioni solo procedurali e che si impongono alla dimensione cittadina pur restandole materialmente estranee (e rischiando, così, di non produrre i risultati attesi o, quanto meno, sperati). I Comuni, viceversa, non percepiscono la vocazione rigorosamente oggettiva delle politiche cittadine e delle connesse esigenze infrastrutturali e, senza riuscire a comprendere appieno i bisogni aggregativi (super- o intracomunali) che il buon funzionamento della *seconda* catena esigerebbe quale ineludibile punto di partenza, sono in grado di dare sfogo soltanto a progetti che, anche laddove frutto di accordi interistituzionali, possano soddisfare le necessità contingenti del circuito politico-amministrativo o degli umori elettorali di cui sono espressione.

## 5. Tra elementi di frizione e margini di opportunità

Si ha, quindi, l'impressione che il problema delle infrastrutture "per le città" si trovi in una situazione di inevitabile stallo, determinato dal funzionamento *antagonistico* di due strutture logiche che si snodano in *catene* ancora incapaci di trovare un anello di congiunzione adeguato.

Il tema, peraltro, non introduce soltanto una questione di inefficienza.

Sarebbe erroneo, in altri termini, ritenere che il mancato funzionamento del rapporto tra le due catene sia dovuto al fatto che esse, per l'appunto, sono *due*, e che, probabilmente, sarebbe più lineare e più immediato riconoscere la chiara priorità dell'una rispetto all'altra, di quella, cioè, più "capace" rispetto a quella meno "abile". Alcune indagini hanno chiaramente evidenziato che entrambe le opzioni presentano simultaneamente svantaggi e aspetti positivi<sup>22</sup>.

Al di là della difficoltà di compiere, in merito, una valutazione serena dall'esito univoco, a simile soluzione ostano riferimenti costituzionali difficilmente rinunciabili (v. art. 5 Cost., ma v. anche art. 114 e 118 Cost.): questi, se è vero che possono condurre ad un rafforzamento del *centro* rispetto alle *periferie*, è altrettanto vero che non possono tollerare una completa *de-minutio* delle seconde ad opera del primo.

Se è vero, poi, che le amministrazioni comunali si sono dimostrate sovente incapaci di adeguare rapidamente ed autonomamente la fisionomia del rispettivo territorio alle richieste di interessi generali di portata più ampia (in quanto "catturate", come si è brevemente accennato al termine del precedente paragrafo, dalle *torsioni*<sup>23</sup> cui può condurre l'attuale disciplina della rappresentanza politica locale e dei relativi rapporti tra organi politici e organi tecnico-amministrativi), è altrettanto vero che, spesso, i limiti più grandi alle identità e alle capacità progettuali delle città non derivano tanto dalla fissazione preliminare di alcuni requisiti minimi dell'essere città, bensì dall'effetto "bombardamento" cui le singole e medesime città sono costrette (e da cui non sono esenti, naturalmente, anche i territori più vasti, ad esempio regionali, in cui esse si inscrivono).

Le opere pubbliche o le iniziative private che vengono realizzate o incentivate ed agevolate direttamente ed esclusivamente dal *centro* (statale o re-

<sup>22</sup> Cfr., da ultimo, il *dossier* Censis, *Tornare a desiderare le infrastrutture. Trasformazione del territorio e consenso sociale* (19 marzo 2012), liberamente disponibile presso il portale dell'Istituto Grandi Infrastrutture: [www.igitalia.it/doc/censis2012.pdf](http://www.igitalia.it/doc/censis2012.pdf). In particolare v. la Tav. 3, a p. 30, laddove si evidenzia uno schema sinottico degli elementi, sia positivi, sia negativi, di un'azione *centrale* a sostegno della realizzazione *locale* di determinate infrastrutture.

<sup>23</sup> È il termine utilizzato anche da M. Cammelli, *Governo delle città*, cit., 360.

## le infrastrutture per le città

gionale) diventano punti di non (facile) ritorno, elementi, cioè, capaci non solo di condizionare i possibili ed autonomi sviluppi cittadini sulla realizzazione delle infrastrutture percepite come realmente necessarie ed improcrastinabili, ma anche di rendere drammaticamente troppo corta la “coperta” che la politica e gli interessi locali si contendono quotidianamente, eventualmente anche “producendo” sedi di dissenso sistemico e diffuso, oltre che occasioni di bisogno di cui la comunità locale non sente, a rigore, alcuna esigenza<sup>24</sup>.

D’altro canto, non è neppure detto che la programmazione locale sia appannaggio esclusivo del livello politico comunale e dei tanti e piccoli interessi contingenti che ne animano le articolazioni e i conflitti.

Forse, anzi, è su questo preciso punto che la catena che muove dal *centro* potrebbe agire utilmente, stimolando processi trasversali e diffusi di *ricomposizione* delle “città”, al di là, cioè, del territorio, spesso divenuto *artificiale*, di molti Comuni e dell’ambito d’azione dei connessi apparati amministrativi.

In questo senso, la prima catena può diventare fattore di attivazione e di implementazione della “tenuta” e delle potenzialità della seconda, contribuendo, per ciò solo, ad un rinnovamento delle ragioni concettuali e sistematiche più profonde del riconoscimento, anche costituzionale, dell’autonomia locale. Questa, in buona sostanza, non postula l’autoreferenzialità, ma si giustifica costantemente soltanto sulla base della sua vocazione strumentale rispetto ai bisogni di cui riesce a farsi interprete e rispetto ai quali non può certo preconstituire ragioni di patologico cortocircuito con interessi di cui gli appartenenti alla comunità locale sono titolari in quanto membri anche di una comunità più ampia (regionale e/o nazionale).

Allo stesso modo, è anche possibile affermare che, come è stato puntualmente ed intelligentemente osservato già da qualche anno, vi sono molteplici interessi locali che richiedono risposte infrastrutturali e/o di servizio pubblico e che, tuttavia, non è in alcun modo logico o razionale lasciare integralmente nelle mani del circuito politico-rappresentativo comunale.

Tutta la discussione, cioè, sull’insufficienza o sull’inadeguatezza del

<sup>24</sup> La vicenda del “caso Dal Molin” (v. *supra* a nt. 14) è, in tale prospettiva, del tutto paradigmatica, sia per quanto concerne la “stabilizzazione” di gruppi antagonisti, organizzati a rete e (legittimamente) impegnati su qualunque “fronte”, anche extraterritoriale, sia per quanto riguarda l’induzione di necessità sentite ma non autonomamente elaborate, così come “prodotte” dalle politiche di “compensazione” (accettare un’opera strategica “in cambio” di altre opere significa legare i tempi e i modi delle seconde ai tempi e ai modi delle prime, in stretta correlazione con le scelte complessive che quest’ultime senz’altro generano in ordine alla ri-pianificazione dell’uso dell’intero territorio locale).

perdurante ruolo del residente-votante in sede di definizione delle politiche dei più significativi servizi pubblici locali e delle relative opere strumentali<sup>25</sup> può trovare un verosimile sbocco proprio nella possibile operazione di ridefinizione dei modi con cui la “città” si può “ri-trovare” e “ri-aggregare” attorno alla soluzione di singoli problemi infrastrutturali. Questi, proprio perché presentano, per loro natura, una dimensione *situata*, possono far emergere le voci degli utenti che non siano residenti-votanti e possono così contribuire ad oggettivare la questione localizzativa e progettuale, diminuendo lo spazio discrezionale degli organi politici.

Ma occorre, ovviamente, avere fiducia nei confronti di un approccio partecipato, eventualmente riconoscendo al *centro* la possibilità di rendere maggiormente “forti” le decisioni che siano assunte in questo modo (sia in termini di una minore sindacabilità giurisdizionale, sia in termini di una limitata disponibilità, per così dire “successiva”, da parte della comunità che vi ha dato corso). D'altra parte, in questo modo si tornerebbe ad attribuire al *centro* e alla catena che da esso si dipana il ruolo che meglio gli compete, quello di predisporre la *cornice* delle questioni infrastrutturali, intendendosi come tale non solo, o non tanto, il procedimento o la tipologia delle opere o il loro finanziamento privilegiato, bensì, specialmente, la prima ed indispensabile *infrastruttura operativa* (i.e. il quadro delle regole e dei principi dell'esercizio del potere) di cui ogni amministrazione deve poter disporre.

Un ruolo analogamente forte dello Stato dovrà ragionevolmente riconoscersi anche con riferimento alle infrastrutture di rete (ad esempio, a quelle necessarie per la diffusione del segnale della telefonia mobile o a quelle strumentali alla cd. “banda larga”) nei cui confronti l'esigenza della cittadinanza nazionale sia viepiù incombente ed insuscettibile di differenziazioni, non solo per ragioni di tutela della concorrenza dei diversi operatori<sup>26</sup>, ma specialmente per motivi di garanzia di fruibilità di un *linguaggio*

<sup>25</sup> V., per tutti, il contributo di M. Dugato, *Problematiche giuridiche del rapporto tra governo del territorio e servizi pubblici locali*, reperibile presso l'Osservatorio del diritto del governo del territorio (IUAV, Venezia): [www.iuav.it/Facolta/facolt—di/OSSERVATORIO/riflession/Osservatorio-Venezia-1D238C.pdf](http://www.iuav.it/Facolta/facolt—di/OSSERVATORIO/riflession/Osservatorio-Venezia-1D238C.pdf).

<sup>26</sup> Giova ricordare che spesso si fa “leva” proprio su questo peculiare titolo di competenza, oltre che sulla tutela della salute, al fine di giustificare l'esigenza di regolamentazione uniforme in tale settore, sebbene la Corte costituzionale non abbia escluso – anzi, l'ha affermato – che esista uno spazio di “governo” anche per le autonomie territoriali: v. Corte cost., 20 luglio 2007, n. 303, in *Urb. app.*, 2008, 40 ss., con nota di E. Boscolo, *La riattribuzione di spazi al governo del territorio nella localizzazione degli impianti di telefonia mobile*. Ma v. anche C. cost., 7 ottobre 2003, n. 307, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), con nota di Q. Camerlengo, *Il nuovo assetto costituzionale delle funzioni legislative tra equilibri intangibili e legalità sostanziale*.

## le infrastrutture per le città

*cittadino* che, in verità, non è più nazionale ed è, semmai, indispensabile per la partecipazione al circuito di un'altra "città", quella del "villaggio globale", dei suoi "diritti", delle sue "libertà" e delle sue "opportunità", anche per il governo locale e per la sua efficienza<sup>27</sup>.

### 6. Crisi e infrastrutture per le città: una valutazione sulle tendenze evolutive in atto

Ciò detto, è possibile domandarsi se la crisi economica (da tempo) in atto possa costituire un volano utile all'instaurazione di meccanismi capaci di condurre le due *catene* e le rispettive *strutture logiche* ad interagire virtuosamente, in ipotesi nelle direzioni qui sommariamente indicate.

Sul punto si può constatare che, nonostante si possa riscontrare anche il tentativo di "riattivare" e "riordinare" tutto il settore delle infrastrutture (soprattutto, però, dal punto di vista del *finanziamento* delle relative opere, anziché nella prospettiva dell'allocazione e del coordinamento delle competenze)<sup>28</sup>, la risposta non è univoca. Nelle evoluzioni più recenti della legislazione statale e regionale vi sono indici capaci di restituire segnali sia positivi, sia negativi.

I segnali positivi, ad esempio, si possono intravedere nelle leggi regionali che hanno cercato di "stimolare" una diffusa e trasversale progettualità intercomunale, anche al fine di motivare le singole amministrazioni e le sin-

<sup>27</sup> Fatto, questo, che spiega il motivo dell'attenzione che anche in sede europea è data, ormai da tempo, nei confronti delle infrastrutture della "conoscenza", ossia di tutte quelle infrastrutture che sono funzionali alla trasmissione dell'informazione. V., ad esempio, il cd. "Rapporto Bangemann" (26 maggio 1994), intitolato, significativamente, *Europe and the global information society*: [www.channelingreality.com/Digital\\_Treason/Brussels\\_1995/Bangemann\\_report.pdf](http://www.channelingreality.com/Digital_Treason/Brussels_1995/Bangemann_report.pdf). In tale rapporto, la posizione strategica della dimensione cittadina, quale luogo in cui è lo stesso governo della città ad avvalersi in modo determinante di simili infrastrutture, è perfettamente acquisita: «Cities can have an extremely important role in generating early demand and also in promoting an awareness among their citizens of the advantages of the newservices. In certain cases, local administrations could demonstrate the benefits by assuming the role of the first mass user».

<sup>28</sup> Così è stato a partire dal cd. "Decreto Salva Italia" (d.l. n. 201/2011, conv. in l. n. 214/2011). Per un'analisi di quello specifico intervento normativo v. il contributo di A. Tonetti, *Il rilancio delle infrastrutture: il ritorno delle misure ordinarie*, in *Giorn. dir. amm.*, 2012, 248 ss. Cfr., poi, il successivo "Decreto crescita 2.0" (d.l. n. 179/2012, conv. in l. n. 221/2012), su cui v. sempre A. Tonetti, *Il finanziamento delle infrastrutture*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 249 ss., nonché C. Contessa, *Ricerca, grandi infrastrutture e servizi pubblici locali: il Governo Monti tenta un "tris d'assi" sulla via dello sviluppo*, in *Urb. app.*, 2013, 140 ss.

gole comunità di riferimento a processi futuri di collaborazione più stretta ovvero, se possibile, di unione o di fusione<sup>29</sup>.

Simile obiettivo è stato perseguito, come è noto, anche dallo Stato, che dapprima ha imposto (in vario modo e con soluzioni successive non sempre corrispondenti) la *ricomposizione* dei piccoli Comuni<sup>30</sup> e poi (con la l. n. 56/2014<sup>31</sup>) ha rafforzato questa medesima opzione nell'ambito di un disegno più ampio che, con riguardo al tema che qui interessa, affida le più diverse questioni delle strategie infrastrutturali o alle Città metropolitane (per l'area di loro attinenza<sup>32</sup>) o alle Province (come enti di area vasta; ma tran-

<sup>29</sup> Cfr., recentemente, la l.r. Veneto, 27 aprile 2012, n. 18 (che sul modello scelto dallo Stato – v. alla nt. successiva – prevede diverse forme obbligatorie di gestione associata di funzioni e servizi a seconda che i Comuni abbiano meno di 1.000 o, rispettivamente, meno di 5.000 abitanti), ma v. anche già la l. prov. Trento, 16 giugno 2006, n. 3 (che introduce un livello intermedio, quello delle Comunità di valle, in cui “riunire” l’esercizio associato di molte funzioni comunali), la l.r. Friuli-Venezia Giulia, 9 gennaio 2006, n. 1 (che parimenti prevede e disciplina, agli artt. 20 ss., l’esercizio associato di funzioni e servizi comunali).

<sup>30</sup> V. già, in particolare, l’art. 14, c. 27 ss, d.l. 31 maggio 2012, n. 78, conv. in l. 30 luglio 2012, n. 122, che ha previsto, per i comuni con meno di 5.000 abitanti (o fino a 3.000 abitanti, se appartenenti o appartenuti a comunità montane) l’obbligatorio esercizio associato delle rispettive funzioni fondamentali. Ma v. anche, poi, l’art. 16, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148, il cui comma 1 così disponeva: «Tutte le funzioni amministrative sono esercitate obbligatoriamente in forma associata con altri Comuni contermini con popolazione pari o inferiore a 1.000 abitanti mediante la costituzione, nell’ambito del territorio di una provincia, salvo quanto previsto dall’articolo 15 del presente decreto, dell’unione municipale». Tale testo è poi stato sostituito per effetto dell’ art. 19, c. 2, d.l. n. 95/2012, conv. in l. n. 135/2012. L’attuale versione del comma 1 rimane (comunque) questa: «Al fine di assicurare il conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica, l’ottimale coordinamento della finanza pubblica, il contenimento delle spese degli enti territoriali e il migliore svolgimento delle funzioni amministrative e dei servizi pubblici, i comuni con popolazione fino a 1.000 abitanti, in alternativa a quanto previsto dall’articolo 14 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, e successive modificazioni, e a condizione di non pregiudicarne l’applicazione, possono esercitare in forma associata, tutte le funzioni e tutti i servizi pubblici loro spettanti sulla base della legislazione vigente mediante un’unione di comuni cui si applica, in deroga all’articolo 32, commi 3 e 6, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, la disciplina di cui al presente articolo». Per una prima introduzione al tema, nell’ambito di un’analisi schematica del problema generale della gestione associata di funzioni e di servizi v. il *paper* di M. Alesio, *La gestione associata delle funzioni ed i servizi comunali*: [www.doc.sspal.it/bitstream/10120/1414/1/alesio\\_gestioneassociata.pdf](http://www.doc.sspal.it/bitstream/10120/1414/1/alesio_gestioneassociata.pdf).

<sup>31</sup> «Disposizioni sulle città metropolitane, sulle province, sulle unioni e fusioni di comuni.»: v. in GU n. 81 del 7 aprile 2014.

<sup>32</sup> V. l’art. 1, comma 44, che, ad esempio, imputa alla titolarità delle Città metropolitane non solo l’adozione di un piano strategico metropolitano (lett. a), bensì anche la «pianificazione territoriale generale, ivi comprese le strutture di comunicazione, le reti di servizi e delle



## le infrastrutture per le città

sitoriamente e *parzialmente*, oltre che *al di fuori* del territorio delle Città metropolitane, in vista di una nuova riforma del Titolo V della Costituzione<sup>33</sup>), salva la possibilità che lo Stato e/o le Regioni possano riconoscere un qualche rilievo anche ad *altra sede* da individuarsi puntualmente<sup>34</sup>.

Si tratta di operazioni che possono fissare senz'altro le condizioni per una riscoperta di nuove "città" (quelle metropolitane lo possono essere davvero; ma tali possono essere anche le *altre sedi* da ultimo menzionate) e, conseguentemente, per una riattivazione della *seconda catena* di cui in questa sede si è ragionato. Ma si tratta, allo stesso tempo, anche di operazioni, soprattutto sul versante statale, che si nutrono di un irrigidimento ulteriore della struttura logica della *prima catena* (in quanto ancora comprese in schemi predefiniti molto rigidi) e che, pur motivate da condivisibili e impellenti ragioni di dimagrimento burocratico e di risparmio di spesa, sono ennesima espressione di un deciso approccio di *government*, con movimento "verso l'alto" delle funzioni di regia più significative<sup>35</sup>.

Passando più direttamente a singoli e puntuali problemi infrastrutturali, un segnale parzialmente negativo è emerso, ad esempio, dalle disposizioni con cui si è proceduto ad affrontare il problema dell'edilizia scolastica e del relativo patrimonio immobiliare.

infrastrutture appartenenti alla competenza della comunità metropolitana, anche fissando vincoli e obiettivi all'attività e all'esercizio delle funzioni dei comuni compresi nel territorio metropolitano» (lett. b).

<sup>33</sup>V. l'art. 1, comma 85. Difatti a *queste* Province (così ridefinite) restano le competenze concernenti la pianificazione territoriale di coordinamento, il trasporto in ambito provinciale, la costruzione e la gestione delle strade provinciali (oltre che la regolazione della relativa circolazione), la gestione dell'edilizia scolastica. Maggiori prerogative hanno le Province di cui al comma 3, secondo periodo, della stessa legge, vale a dire le Province «con territorio interamente montano e confinanti con Paesi stranieri».

<sup>34</sup>V. l'art. 1, comma 89, per il quale le funzioni provinciali di cui al comma 85 possono essere attribuite anche ad altri enti o ad articolazioni territoriali diverse, frutto di intese o convenzioni (anche tra enti locali).

<sup>35</sup> Giova rammentare che la legittimità di un tale "movimento verso l'alto" è stata recentemente riconosciuta anche dalla Corte costituzionale: v. sent. 11 febbraio 2014, n. 22, che – pronunciandosi con riferimento alle previsioni legislative statali del d.l. n. 95/2012 che hanno confermato l'obbligo della gestione associata, da parte di talune categorie di Comuni, di alcune funzioni "fondamentali": v. *supra*, a nt. 30 – ha "fatto leva", per così dire, sul pregiudiziale riconoscimento di una più generale ed irrinunciabile funzione organizzatrice di titolarità statale, giustificata sul piano del necessario coordinamento della finanza pubblica. Per l'argomentazione secondo cui tali sviluppi interpretativi sono sostanzialmente iscritti nell'ambito dell'acquisizione preliminare degli approcci *centro-periferia* storicamente operanti nel nostro ordinamento (come già riepilogati anche *supra*, par. 3), v. F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo*, cit., in part. 80-81, laddove si mette in luce che proprio la leva finanziaria è da tempo lo strumento più efficace per sostenere la coerenza e la tenuta di soluzioni consimili.

Infatti, l'art. 53, d.l. n. 5/2012, conv. in l. n. 35/2012 (rubricato «Modernizzazione del patrimonio immobiliare scolastico e riduzione dei consumi e miglioramento dell'efficienza degli usi finali di energia») costituisce, a suo modo, una sintesi sintomatica, per un verso, di esiziali e risalenti vizi, per altro verso, di intuizioni felici.

Dove si nascondono gli esiziali e risalenti vizi? Senz'altro nell'idea della pianificazione centralizzata del complessivo procedimento di recupero e di adeguamento degli immobili (c. 1), ivi compresa la parte istruttoria e la parte relativa all'approvazione delle iniziative da finanziare.

Simile assetto non spinge certo le *singole* "città" ad essere protagoniste della riqualificazione di immobili che, pur essendo strumentali a politiche di rango nazionale, sono quasi sempre nella proprietà degli enti locali (e non sempre degli stessi). Oltre a ciò, esso contribuisce nuovamente a "rafforzare" l'effetto "bombardamento" di cui si è detto in precedenza.

Ma ad essere potenzialmente disorientante è anche lo strumento dei fondi immobiliari (v. c. 2, lett. b)), la cui originaria previsione aveva trovato espressione anche nel contesto dell'attuazione del cd. "federalismo demaniale" (d.lgs. n. 85/2010, in part. all'art. 6), dove, però, è stato presto eliminato (per abrogazione espressa: v. d.l. n. 98/2001, conv. in l. n. 111/2011): può il *centro*, d'altra parte, far fronte ad oneri di finanziamento non facilmente prevedibili? E, da parte delle *periferie*, è possibile sostenere integralmente la gestione dei compendi e l'utilizzo vincolato degli eventuali ricavi? Ancora: se nel contesto del "federalismo demaniale" l'istituto è stato espunto, perché mai lo si ripropone ora, per un solo settore?

L'intuizione positiva, invece, si rinviene nella riedizione della dinamica collaborativa e consensuale, nella ricerca, cioè, di modelli di gestione e di programmazione concertata degli interventi, di modo che, almeno teoricamente, tutti i soggetti interessati (sia le "città", sia lo Stato, sia eventuali investitori privati motivati dal contesto cittadino e dalle sue potenzialità) possano interloquire ed apportare proposte e soluzioni utili allo scopo. Direttamente funzionali rispetto all'obiettivo sono, ad esempio (v. c. 2, lett. c), d), *d-bis*)), la previsione della possibilità di addivenire a permuta di immobili, o quella che impone di cercare, prioritariamente, di ri-utilizzare immobili attualmente in disuso o in via di dismissione, o quella (ancora) concernente la necessità che le amministrazioni statali si facciano parte diligente per la stipulazione di accordi di programma che spingano tutte le amministrazioni territoriali interessate a mettere in campo le rispettive risorse o a valutare la partecipazione a progetti condivisi (anche di partenariato pubblico-privato).

Concorrenti e interessanti segnali emergono, poi, anche dalla lettura di

## le infrastrutture per le città

quanto ha previsto l'art. 12, d.l. n. 83/2012 (cd. "Decreto Sviluppo"<sup>36</sup>), il quale (rubricato «Piano nazionale per le città»), per un verso, si propone come espressione più aggiornata ed elaborata della logica sottesa alla *prima catena*, così come sopra analizzata, per altro verso, però, cerca di valorizzare l'iniziativa e la proposta locali, sia pur sempre attraverso la "casella" comunale.

Con una "Cabina di regia" costituita a livello centrale sono chiamati ad interloquire i livelli locali (o, meglio, i Comuni), i quali possono trasmettere, ai fini della predisposizione del Piano nazionale per le città, «proposte di Contratti di valorizzazione urbana costituite da un insieme coordinato di interventi con riferimento ad aree urbane degradate» (v. il c. 2<sup>37</sup>).

Un tale "rapporto", naturalmente, può agevolare (se non risolvere) le (già segnalate e) strutturali difficoltà istruttorie del *centro*, che solo analizzando le proposte potrà rendersi conto se e come finanziare il programma dei relativi interventi. Sarà, poi, la menzionata "Cabina" a decidere quali siano i progetti meritevoli e quali gli investimenti da attivare in correlazione con ciascuno di essi e da attingere in seno ad un apposito «Fondo per l'attuazione del piano nazionale per le città» (istituito nell'ambito dello stato di previsione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti: v. il c. 5).

Come dimostra questa rassegna di fattispecie, la crisi si dimostra un cantiere del tutto aperto, nel quale tutte le dinamiche e tutti gli sviluppi delle strutture logiche dianzi descritte si confrontano e si contendono il campo, senza che sia ancora traguardabile un orizzonte preciso.

Vero è, tuttavia, che la struttura logica che vede lo Stato come protagonista principale del "governo" e della "riuscita" concreta delle infrastrutture cittadine è ancora del tutto dominante, e ciò anche in contesti nei quali le autonomie locali potrebbero ricomporre spontaneamente le loro funzioni di pianificazione e di gestione all'interno di nuove e più flessibili "città". Da questo punto di vista, resta ancora marginale il ruolo normativo delle Regioni ordinarie, che ancora non possono fornire a queste "città" – e ai rispettivi bisogni infrastrutturali – modelli di governo che non siano corrispondenti a quelli previamente identificati dalla legge statale.

<sup>36</sup> Recante «Misure urgenti per la crescita del paese» (G.U. n. 147 del 26 giugno 2012) e conv. in l. n. 134/2012.

<sup>37</sup> In particolare, i Comuni devono indicare: a) la descrizione, le caratteristiche e l'ambito urbano oggetto di trasformazione e valorizzazione; b) gli investimenti ed i finanziamenti necessari, sia pubblici che privati, comprensivi dell'eventuale cofinanziamento del comune proponente; c) i soggetti interessati; d) le eventuali premialità; e) il programma temporale degli interventi da attivare; f) la fattibilità tecnico-amministrativa.

*Abstract*

*The theme of urban infrastructures is a highly complex topic. This depends not only on the difficulty that every city has to face in identifying the most appropriate infrastructures; the complexity derives also from the fact that the matter is traditionally and logically sought after by both the local level of governments and the central one. The equilibrium between these two distinct poles can only derive, on the one hand, from the awareness that “the city” does not always correspond to the extension of the municipality and that, on the other hand, any state or Regional intervention should take into account and boost autonomous processes of ricomposition of the urban texture.*

MARCO MACCHIA

## LA CASSA DEPOSITI E PRESTITI TRA I DIRITTI E LE RETI DI NUOVA GENERAZIONE\*

SOMMARIO: 1. Tecnologie e diritti di nuova generazione. – 2. La Cassa depositi e prestiti quale investitore di lungo periodo in infrastrutture. – 3. A chi spettano le scelte di investimento? – 4. Esistono meccanismi di controllo delle scelte aziendali di Cassa depositi e prestiti? – 5. Considerazioni conclusive.

### 1. Tecnologie e diritti di nuova generazione

La telemedicina è un insieme di tecniche, mediche ed informatiche, che permettono la cura di un paziente a distanza o, più in generale, di fornire servizi sanitari a distanza. Per un medico è possibile sia effettuare la diagnosi, attraverso la trasmissione di dati prodotti da strumenti diagnostici, sia fornire una opinione clinica supportata da dati acquisiti inviati ad un medico remoto che li analizza e li referta, producendo di fatto una seconda valutazione clinica su un paziente. Negli esperimenti più avanzati si arriva alla tele-riabilitazione, ossia l'erogazione di servizi riabilitativi attraverso le reti di telecomunicazione ed internet. Per il funzionamento di queste applicazioni è necessario inviare, via rete fissa, dati voluminosi, come ad esempio le immagini di una tomografia computerizzata, pertanto l'impiego della telemedicina presuppone un'ampia diffusione della banda ultra larga<sup>1</sup>.

\* Il testo costituisce una rielaborazione dell'intervento al convegno su "Spazio della tecnica e spazio del potere nella tutela dei diritti sociali", organizzato dal Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università di Firenze nei giorni 12-13 dicembre 2013. Ringrazio Lorenzo Saltari per i suggerimenti e i commenti a una prima stesura di questo scritto.

<sup>1</sup> Nel rapporto "Cao", *Raggiungere gli obiettivi UE 2020 della banda larga in Italia: prospettive e sfide*, 30 gennaio 2014, si specifica che in Italia «il livello di copertura e sviluppo delle reti fisse di "nuova generazione" o ultra broadband, è tra i più bassi in Europa. Si osserva peraltro che l'arretratezza dello sviluppo dell'*ultra broadband* si riflette nelle rilevazioni comparate delle prestazioni di rete che collocano la banda erogata nel nostro Paese tra le più basse in Europa e nel Mondo. Gli approfondimenti e le analisi del gruppo di lavoro si sono concentrati sugli investimenti in reti ultra broadband, assumendo come riferimento i due obiettivi dell'Agenda Digitale Europea per questo ambito: copertura del 100% della popolazione con servizi a 30Mbps e penetrazione del 50% della popolazione dei servizi a 100Mbps».

Un discorso molto simile può svolgersi per il telelavoro, la tele-istruzione, la telepresenza, ossia attività che consentono di fornire servizi a distanza impiegando le rete internet – favorendo per giunta un processo inclusivo di attenuazione di quelle discriminazioni fondate sulla condizione fisica o economica – ma che, in molti casi, richiedono necessariamente la possibilità di trasmettere una quantità numerosa di dati informatici.

Anche la semplificazione amministrativa, per la parte consistente nell'operazione di abbandono progressivo della documentazione cartacea, passa attraverso la diffusione della banda ultra larga. La digitalizzazione, nondimeno, pesa sulla competitività delle imprese: ricerche di mercato affermano che le aziende che intendano investire in soluzioni *cloud*, volte a permettere risparmi negli investimenti in hardware e software, spesso rinunciano per mancanza di un'adeguata connessione internet. È evidente «la rilevanza sociale ed economica delle iniziative finalizzate a colmare il c.d. *digital divide* tra le aree rurali e le altre parti del territorio, con riferimento sia all'accesso alle tecnologie tradizionali (DSL, *cable modem*), sia alla diffusione dell'accesso a banda larga anche attraverso l'uso complementare di reti di comunicazione fissa e mobile»<sup>2</sup>.

Numerose sono, insomma, le prospettive di sviluppo per il Paese connesse all'introduzione delle reti di nuova generazione (NGN) ed è chiaro il collegamento che sussiste tra la tematica tecnologica e i “nuovi” diritti, che la collettività può vantare, a utilizzare questi strumenti o ad impiegare le nuove tecnologie. Questa categoria di diritti non sono altro che un moderno sviluppo dei diritti sociali, consistenti nella garanzia per i cittadini di un grado di educazione, di benessere e di sicurezza sociale commisurato agli elevati *standards* attuali<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Come chiarito nella delibera n. 1/14/CONS del 9 gennaio 2014, con la quale l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ha avviato un'indagine conoscitiva sulla concorrenza statica e dinamica nel mercato dei servizi di accesso e sulle prospettive di investimento nelle reti di telecomunicazioni a banda larga e ultralarga. Non solo. L'Agcom, con la delibera 405/08/CONS, ha avviato il programma “Infrastrutture e Servizi a Banda larga e Ultra Larga” (ISBUL), con lo spirito di costituire uno stimolo per la ricerca in un ambito rilevante per l'economia del nostro Paese, uno strumento per la definizione di regole e modalità di intervento volte a promuovere innovazione e concorrenza ed un utile riferimento per tutte le imprese del settore.

<sup>3</sup> Come sottolinea T.E. Frosini, *Access to internet as a fundamental right*, in *Italian journal of public law*, 2013, 146 ss., «the right to access to the Internet has therefore to be considered as a social right, or better as an individual claim to a state's performance, like services such as education, health and welfare. It is a universal service that state's bodies must guarantee to their citizens by investments of public resources, social and educational policies. In fact, more and more the access to the Internet and the conduct of business via the Internet constitute the

## la cassa depositi e prestiti tra i diritti e le reti

Si tratta di diritti cosiddetti di terza generazione – riprendendo la terminologia impiegata da Norberto Bobbio<sup>4</sup> – distinguibili rispetto ai diritti politici, di libertà o di proprietà (i diritti della prima generazione) e ai diritti sociali, all'istruzione, alla salute, al lavoro, alla previdenza o all'assistenza (i diritti della seconda generazione). Al di là di una tassonomia rigorosa, i diritti di terza generazione sono socialmente e politicamente rivendicabili a seconda del riconoscimento che gli stessi ottengono nelle politiche pubbliche. Non corrispondono a prestazioni giuridicamente garantite. Sono enunciati, a volte anche praticati, ma godono di un'effettività limitata. In alcuni casi, sarebbe più corretto dire che consistono in aspettative collettive, non inserite in un complesso normativo compiuto, al riconoscimento di interessi specifici<sup>5</sup>. Possono anche essere espressione di una rivendicazione sociale che intende assurgere al ruolo di nuovi diritti.

Seppure non sia possibile evincere un'adeguata effettività per questi diritti sociali, ovviamente finanziariamente condizionati<sup>6</sup>, occorre anche precisare che gli stessi sono direttamente intrecciati con lo *standard* di consenso politico: laddove c'è consenso (e ci sono sufficienti risorse), i diritti sociali di terza generazione possono diffondersi e trovare un terreno fertile. Per le fattispecie menzionate, invece, il consenso politico non basta. Questi diritti, nel caso di specie, sono condizionati da un ulteriore corollario pratico, ossia che il processo di evoluzione ed espansione di questi ultimi sia considerato, nonostante i limiti e le difficoltà che incontra, un indicatore di progresso e di civiltà, nonché un obiettivo da perseguire da un investitore di lungo periodo<sup>7</sup>.

means by which individuals enter into relations with state's powers, i.e. exercise their citizenship's rights». Sul tema, A. Lepage, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'internet. Droits de l'internaute, liberté d'expression sur l'internet, responsabilité*, LexisNexis, 2002; L. Marino, *Le droit d'accès à internet, nouveau droit fondamental*, in *Recueil Dalloz Point de vue*, 2009, 2045 ss.

<sup>4</sup> *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990, XIII ss.

<sup>5</sup> Per un inquadramento del tema della politica infrastrutturale in Italia, si veda il volume *È possibile realizzare le infrastrutture in Italia?*, a cura di A. Macchiati, G. Napolitano, Bologna, il Mulino, 2009, nonché i rapporti *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione*, a cura di F. Balassone, P. Casadio, Banca d'Italia, Roma, 2011, e *Infrastrutture e competitività 2013. Quattro nodi strategici*, Rapporto Astrid, Italiadecide e ResPublica, 2013. Sulle infrastrutture nel contesto del decreto legge n. 69 del 2013, A. Tonetti, *Ancora sulle infrastrutture: il nodo della "fattibilità"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1157 ss.

<sup>6</sup> Sulla crisi delle tradizionali forme di contributo pubblico alla realizzazione delle infrastrutture, a causa delle politiche di gestione del debito pubblico e della contrazione del credito dovuta alla crisi economica, si veda il rapporto dell'ANCE, *La questione infrastrutturale e l'andamento della spesa pubblica*, 5 ottobre 2012, che mette in luce come, negli ultimi venticinque anni, la spesa pubblica per impianti si sia ridotta del 51 per cento e quella per nuove infrastrutture di oltre il 70 per cento.

<sup>7</sup> Sui limiti della politica infrastrutturale in Italia, fondata su misure emergenziali che

Questo punto necessita di essere chiarito meglio. Un operatore di servizi di telecomunicazioni<sup>8</sup> tende ad agire secondo un *business model* di breve periodo: investe quando c'è la domanda, solo con ritorni elevati nel breve termine. Mentre un investitore infrastrutturale di lungo periodo opera con capitali "pazienti": anticipa la domanda, se prevede che stia arrivando, si aspetta dal mercato un ritorno, ma secondo tempi medio-lunghi<sup>9</sup>. Per questa ragione, l'indagine deve essere incentrata sulla Cassa depositi e prestiti, in quanto attualmente quest'ultima rappresenta uno dei pochi investitori di lungo periodo, che dispone delle risorse sufficienti per investire sulle reti di nuova generazione. L'unico investitore, insomma, in grado di rendere effettivi concretamente i menzionati diritti della collettività.

## **2. La Cassa depositi e prestiti quale investitore di lungo periodo in infrastrutture**

La rete internet consiste in un'architettura che consente un livello determinato di traffico dei dati. Se i dati crescono eccessivamente, si verifica il fenomeno denominato del collo di bottiglia. A quel punto non bastano gli aggiustamenti o gli investimenti marginali, serve piuttosto realizzare una nuova architettura di rete, strutturata sulla banda larga<sup>10</sup>. Si tratta di un'ope-

«sono per loro stessa natura contingenti, prive di un quadro di riferimento stabile e duraturo nel tempo, di modo che esse finiscono per espandere e diffondere il rischio regolatorio e per richiedere una serie di decisioni *ad hoc*, che a loro volta scoraggiano gli investimenti perché dipendono in misura determinante dalla buona volontà del governante di turno e vengono spesso ritratte nel corso del tempo in ragione del succedersi dei governi», come sottolinea L. Torchia, *La realizzazione delle infrastrutture in Italia: le regole, le decisioni, i tempi*, in *Astrid Rassegna*, 10 gennaio 2014, n. 194.

<sup>8</sup> Per un inquadramento del tema dell'ordinamento delle telecomunicazioni, G. della Cananea (a cura di), *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Torino, Giappichelli, 2005; R. Perez, *Comunicazioni elettroniche*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, a cura di M.P. Chiti, G. Greco, Milano, Giuffrè, 2007, parte speciale, II, 793 ss. Sulla regolazione pro-concorrenziale delle reti di comunicazione elettronica, L. Saltari, *Accesso e interconnessione. La regolazione delle reti di comunicazione elettronica*, Milano, Ipsoa, 2008.

<sup>9</sup> Questo aspetto è ben chiarito da F. Bassanini, *L'Italia tra ripresa e declino: gli investimenti nelle reti di telecomunicazione e la competitività del Paese*, in *Astrid Rassegna*, 25 novembre 2013, n. 191.

<sup>10</sup> Diverse sono le architetture di distribuzione della banda ultra larga che possono essere impiegate (*Fiber-to-the-Exchange FTTE*, *Fiber-to-the-Cabinet FTTC*, *Fiber-to-the-Building FTTB* e *Fiber-to-the-Home FTTH*) e i sistemi di accesso (passivi – PON, e punto-punto – P2P). Sulla disciplina pubblica delle reti, con particolare riferimento alle infrastrutture per i servizi pubblici, G. della Cananea, *Dalla vecchia alla nuova disciplina pubblica delle reti: la prospet-*



## la cassa depositi e prestiti tra i diritti e le reti

razione molto costosa, che rientra negli obiettivi dell'agenda digitale europea per il 2020, richiede un quadro regolatorio certo<sup>11</sup>, e per la quale i piani di investimento degli operatori non risultano sufficienti<sup>12</sup>.

Costituendo la banda larga un settore strategico, nonché una condizione decisiva per la crescita, la produttività e la competitività dell'Italia, è evidente che la Cassa depositi e prestiti potrebbe avere un ruolo determinante negli investimenti necessari e nel fornire capitali nuovi, al di là della

*tiva della banda larga e ultralarga*, pubblicato in *i-com Istituto per la competitività*. Sulla regolazione, M. D'Alberty, *Administrative law and the public regulation of markets in a global age*, in *Comparative Administrative Law*, editors S. Rose-Ackerman, P.L. Lindseth, Cheltenham (UK)-Northampton (USA), Edward Elgar Pub., 2010, 63 ss.; G. Napolitano, *Dalla regolazione statica al governo dinamico delle reti*, in *Il regime giuridico delle infrastrutture dell'energia*, a cura di G. Napolitano e A. Zoppini, Bologna, il Mulino, 2012, 265 ss.

<sup>11</sup> Secondo l'Osservatorio trimestrale sulle telecomunicazioni dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, aggiornato al 31 dicembre 2013, nell'ultimo anno «si osserva un calo degli accessi complessivi per circa 730 mila linee (-1,2 milioni negli ultimi 2 anni), in accelerazione rispetto a quanto omogeneamente osservato nei dodici mesi precedenti (-450 mila circa). La riduzione delle linee fisse disincentiva, come anche indicato nel "Rapporto Caio", ad investire in reti di nuova generazione». Il rapporto "Caio", *Raggiungere gli obiettivi UE 2020 della banda larga in Italia: prospettive e sfide*, 30 gennaio 2014, segnala, tra le criticità, che, per un verso, «non vi sono piani operativi di dettaglio per superare il 50% della copertura delle linee con servizi a banda larga e ultra larga, anche se alcuni gestori hanno piani preliminari per raggiungere il 70% al 2020; per l'altro, l'Obiettivo 3 DAE (50% penetrazione 100Mbps al 2020) è una combinazione di sviluppo di piani realizzativi e crescita della domanda. I piani degli operatori attualmente non prendono servizi a 100Mbps. Se i piani FTTCab illustrati saranno realizzati secondo quanto previsto, è ragionevole ipotizzare che nelle aree a più alta densità la banda disponibile possa raggiungere i 60-70 Mbps circa. Il raggiungimento di questo obiettivo richiederà iniziative e monitoraggio anche sul fronte della domanda. In conclusione, in assenza di un forte, sostenuto e continuo impegno del Governo italiano, gli obiettivi DAE non saranno completamente raggiunti. Pertanto si raccomanda che il Governo affronti questi punti aperti, nel rispetto delle sue responsabilità istituzionali, e nel rispetto delle competenze e indipendenza dell'EU e delle Autorità di Regolamentazione (AGCOM e Antitrust)». Sulle criticità della produzione legislativa in tema di infrastrutture, L. Torchia, *Legislazione efficace e buone pratiche amministrative per le infrastrutture in Italia*, in *Italianeuropet*, 2011, n. 9, 111 ss.

<sup>12</sup> Dall'articolo di S. Carli su *Affari & Finanza*. *La Repubblica* del 25 novembre 2013 si apprende che gli investimenti delle altre telecom italiane ammontano a 600 milioni di euro, da parte di Fastweb, per far ripartire il cablaggio in fibra; 3,6 miliardi, da parte di Vodafone, nei prossimi tre anni, divisi tra fisso e mobile; 9 miliardi, da parte di Telecom Italia, sempre divisi tra fisso e mobile. Nelle classifiche europee della digitalizzazione la posizione dell'Italia non è confortante: per rispettare l'agenda digitale europea dovrebbero esserci, entro il 2020, il 100% di collegamenti a 30 mega e il 50% a 100 mega, mentre ad oggi ci sono il 12% di collegamenti a 30 mega e il 2% di collegamenti a 100 mega. Ci sono, infine, anche le colpe del legislatore, basti pensare che manca una normativa unica per gli scavi di posa della fibra ottica, che consentirebbe di ridurre i costi edili dell'opera.

complessa questione, legata alla “separazione”, allo “scorporo” o alla “societarizzazione” delle reti di telefonia fissa rispetto alla società Telecom Italia, alla quale più avanti si farà un rapido riferimento<sup>13</sup>. Non a caso la rete fissa di accesso è stata inserita tra gli *asset* strategici su cui il Governo si riserva, a fini difensivi, il *golden power*, anche per ragioni di sicurezza nazionale<sup>14</sup>.

D’altre parte, le scelte di investimento delle imprese private di telecomunicazioni presentano il difetto di concentrare l’allocazione delle risorse principalmente nelle zone ad alta redditività. Sul punto non c’è certezza, i piani di investimento sono segreti industriali e sugli stessi manca la trasparenza, ma è altamente probabile che le scelte delle società si addensino sugli stessi mercati: grandi città e ricchi distretti produttivi, in particolare localizzati nel centro nord. Solo un investitore pubblico avrebbe il pregio di svolgere il ruolo di catalizzatore, e dunque di garantire una più ampia copertura territoriale della rete, impedendo duplicazioni e sprechi di risorse.

Se questo è il quadro, sorge allora un interrogativo. Potrebbero gli organi di indirizzo politico, nella veste di azionisti di controllo, “imporre” una tale decisione di investimento a Cassa depositi e prestiti, forti del suo ruolo di investitore di lungo termine, a favore dell’infrastruttura telefonica a banda larga? Oppure, in ragione del fatto che Cassa è una società per azioni, la stessa non può subire tali intrusioni, per cui se ne deve garantire l’autono-

<sup>13</sup> Questo profilo richiede l’esame di aspetti diversi da quelli qui indagati, come la recente modifica alle norme sull’offerta pubblica di acquisto ovvero l’applicazione delle regole sulle infrastrutture strategiche. Sul tema, in generale, del finanziamento delle infrastrutture, A. Tonetti, *Il finanziamento delle infrastrutture*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 249 ss.

<sup>14</sup> Secondo la l. 11 maggio 2012, n. 56 – di conversione del d.l. 15 marzo 2012, n. 21 – il *golden power* è un potere speciale che lo Stato mantiene a sé stesso. È di tipo oppositivo e prescrittivo, e può dare luogo a poteri interdittivi. Ha un ambito di applicazione oggettivo, nel senso che si prescinde dalla partecipazione dello Stato al capitale azionario. È sufficiente che la società operi nei settori strategici della difesa e sicurezza nazionale nonché a quelle che possiedono *asset* di rilevanza strategica nei settori dell’energia, dei trasporti, delle comunicazioni. Le attività di rilevanza strategica sono definite come «le reti e gli impianti, ivi compresi quelli necessari ad assicurare l’approvvigionamento minimo e l’operatività dei servizi pubblici essenziali, i beni e i rapporti di rilevanza strategica per l’interesse nazionale». Gli atti societari che hanno una potenziale incidenza sulle attività strategiche devono essere notificati al governo. Qualora venga valutata la sussistenza di «minaccia di grave pregiudizio» per gli interessi essenziali della difesa e della sicurezza nazionale ovvero, negli altri settori, per gli interessi pubblici relativi al funzionamento delle reti e degli impianti e alla continuità degli approvvigionamenti, il governo potrà intervenire. Nella valutazione del rischio dovranno essere rispettati i principi di proporzionalità e ragionevolezza. L’intervento del governo può consistere in condizioni prescrittive all’acquisto di partecipazioni, nel veto all’adozione di delibere da parte degli organi societari, nell’opposizione all’acquisto di partecipazioni.

## la cassa depositi e prestiti tra i diritti e le reti

mia delle scelte di *governance*? È chiaro che la risposta a tale quesito ha una rilevanza determinante nel processo che conduce a dare effettività ai diritti della collettività relativi all'impiego delle nuove tecnologie.

È evidente l'obiettivo di questa visione d'insieme in punto di metodo. Compito dello studioso è di analizzare con attenzione i movimenti della realtà, «registrandone la direzione e segnalando gli scostamenti rispetto ai propositi iniziali e all'*id quod plerumque accidit*. Ciò può dar luogo a osservazioni critiche, le quali non vanno considerate come incursioni nella cittadella delle istituzioni. Sono, invece, i contributi che una scienza giuridica consapevole della propria connotazione pratica, è in grado di recare all'analisi della funzionalità degli istituti»<sup>15</sup>.

Sono necessarie, innanzitutto, alcune precisazioni. Come noto, la posizione di Cassa depositi e prestiti è nell'ultimo decennio notevolmente mutata, poiché si è assistito ad un percorso di ampliamento della sua *mission* istituzionale rispetto al ruolo tradizionale di indirizzo e controllo dei fenomeni finanziari pubblici, all'interno del quale la Cassa emetteva obbligazioni per gli enti locali ovvero erogava prestiti per il finanziamento di opere pubbliche, dirette all'esercizio di servizi pubblici aventi valori di mercato (almeno pari all'ammontare dell'emissione)<sup>16</sup>.

Solo a partire dal 2003 la Cassa depositi e prestiti si è distaccata definitivamente dall'appartenenza all'apparato ministeriale, assumendo la veste di società per azioni<sup>17</sup>. La sua trasformazione è stata disposta dall'art. 5, d.l.

<sup>15</sup> Così in G. della Cananea, *La definizione delle controversie nelle comunicazioni elettroniche: dall'Autorità ai comitati regionali*, in *Le ist. del federalismo*, 2008, 841. Sul valore pratico della scienza giuridica, M.S. Giannini, *Le incongruenze della normazione amministrativa e la scienza dell'amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 925 ss.

<sup>16</sup> G. Morbidelli, *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2007, 145. Ai sensi dell'art. 3 dello Statuto, la società Cassa raccoglie la provvista anche mediante l'utilizzo di contributi forniti a qualsiasi titolo dallo Stato, da enti pubblici o privati e da organismi internazionali e di qualsiasi altra risorsa propria ed entrata finanziaria compatibile con i fini sociali. In tale ambito la società potrà anche effettuare attività di negoziazione per conto proprio di strumenti finanziari derivati nel rispetto della normativa vigente.

<sup>17</sup> «Sul piano formale la Cassa era sempre stata una pubblica amministrazione, essendo una Direzione Generale del Ministero del Tesoro, anche se sul piano sostanziale – economico-patrimoniale – costituiva di fatto un'entità separata ed autonoma (azienda autonoma). Sulla natura giuridica della Cassa ebbe modo di pronunciarsi la Sezione enti locali di questa Corte dei Conti, la quale, non avendo la l. n. 197/1983 espressamente attribuito alla Cassa una personalità giuridica, affermò che la stessa apparteneva allo Stato persona giuridica ed era assoggettata a tutti i vincoli che tale natura comportava», così in *Relazione della Corte dei conti sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria della Cassa depositi e prestiti S.p.a. per gli esercizi 2004, 2005 e 2006*.

30 settembre 2003, n. 269<sup>18</sup>. Nondimeno, non sono stati integralmente recisi i legami con l'amministrazione finanziaria statale e permangono elementi di specialità nel regime giuridico di questo organismo.

Anzitutto – come emerge chiaramente dallo statuto – le attività di Cassa depositi e prestiti sono suddivise in due rami: uno tradizionale, che rappresenta la continuità con la missione della Cassa prima della sua trasformazione (gestione separata), e uno innovativo, di finanziamento delle infrastrutture e degli investimenti nei servizi pubblici gestiti da privati o con la partecipazione di privati (gestione ordinaria). Per quanto riguarda la gestione separata, spetta al Ministero dell'economia e delle finanze un peculiare *potere di indirizzo*. Ciò si giustifica anche alla luce della scelta di conservare la presenza della Commissione parlamentare di vigilanza, già prevista anteriormente alla trasformazione in società per azioni.

Cassa depositi e prestiti raccoglie risparmio postale, tramite strumenti come i buoni fruttiferi e i libretti postali, beneficiando della garanzia esplicita dello Stato in caso di inadempimento dell'emittente. Ciò si spiega con la valenza sociale ed economica della raccolta stessa: quando la Cassa raccoglie risparmio postale o fornisce servizi finanziari alla pubblica amministrazione – ed in questo è un operatore di riferimento – eroga un “servizio di interesse economico generale”<sup>19</sup>. In questo quadro, dunque, la separazione tra i due rami di attività è funzionale a garantire la conformità alla normativa europea in materia di aiuti di Stato e concorrenza interna. La divisione tra gestione separata e gestione ordinaria non è solo contabile, ma anche organizzativa. Esistono tre diverse unità operative, denominate rispettivamente Gestione Separata, Gestione Ordinaria e Servizi Comuni<sup>20</sup>, all'interno delle quali sono riclassificate le esistenti unità organizzative di Cassa.

Ad ogni gestione corrisponde una diversa forma di finanziamento. I fondi derivanti dalla raccolta del risparmio postale, dall'emissione di titoli,

<sup>18</sup> Convertito in l. 24 novembre 2003, n. 350. Il processo di trasformazione della Cassa depositi, che consiste in un graduale trasferimento delle sue funzioni al di fuori del perimetro delle pubbliche amministrazioni, inizia con il d.l. 18 gennaio 1993, n. 8, rispetto al quale successivamente interviene il d.lgs. 30 luglio 1999, n. 264, con cui se ne stabilisce la personalità giuridica pubblica.

<sup>19</sup> La valenza sociale ed economica della raccolta tramite il risparmio postale e la sua qualifica come servizio di interesse economico generale sono stati definiti con il d.m. del Ministero dell'economia e delle finanze 6 ottobre 2004, al pari delle attività di finanziamento degli enti pubblici e degli organismi di diritto pubblico svolte sempre nell'ambito della gestione separata.

<sup>20</sup> I Servizi Comuni sono costituiti dalle funzioni di servizio, dalle funzioni di supporto, indirizzo e controllo, oltre che dagli organi di governo e controllo.

## la cassa depositi e prestiti tra i diritti e le reti

dall'assunzione di finanziamenti e da operazioni finanziarie anche assistite dalla garanzia dello Stato potranno supportare l'attività di finanziamento dello Stato, delle regioni, degli enti locali, degli enti pubblici, che avvengono in gestione separata. Di converso, il finanziamento delle infrastrutture, degli impianti, delle reti e delle dotazioni destinati alla fornitura di servizi pubblici, che avviene in gestione ordinaria, sarà supportato dalla raccolta di fondi, esclusivamente presso gli investitori istituzionali (e quindi con preclusione della raccolta a vista), mediante l'emissione di titoli, l'assunzione di finanziamenti ed altre operazioni finanziarie comunque non assistite dalla garanzia dello Stato.

Se, insomma, si utilizzano risorse dotate di garanzia statale, Cassa depositi e prestiti è soggetta ad un regime speciale, altrimenti, allorché impiega risorse proprie e capitali assunti con rischio imprenditoriale, la società opera come un istituto finanziario privato. Il conto economico è distinto sulla base dei livelli di separazione<sup>21</sup>. E, soprattutto, non sono consentiti trasferimenti di risorse da una gestione all'altra, a meno che le eventuali transazioni interne tra gestioni avvengano avendo a riferimento i relativi "prezzi di mercato".

Tra i due rami d'attività esiste un diverso modello di *governance*. La gestione separata è organizzata in modo da essere condizionata dalla consultazione obbligatoria e vincolante del Ministero dell'economia e delle finanze (art. 5, comma 11, lett. D del d.l. n. 269/2003). Per il governo di quest'ultima, il consiglio di amministrazione della Cassa è integrato con membri di diritto, previsti per legge, che sono il ragioniere dello Stato, il direttore generale del Tesoro, tre esperti in materia finanziaria scelti sulla base di indicazioni provenienti dalla Conferenza dei presidenti delle giunte regionali, dall'Upi e dall'Anci<sup>22</sup>.

Al Ministro dell'economia spetta un potere di indirizzo della gestione separata, che qualifica diversamente i suoi poteri di azionista, rendendoli

<sup>21</sup> Peraltro, come messo in evidenza nella *Relazione della Corte dei conti sul risultato del controllo eseguito sulla gestione finanziaria della Cassa depositi e prestiti S.p.a. per l'esercizio 2010* (Determinazione 2 marzo 2012), «fin dall'avvio dell'operatività della Gestione Ordinaria, CDP S.p.A. ha scelto di tenere distinti i flussi finanziari afferenti alle due Gestioni, seppur tale distinzione non sia strettamente richiesta dal sistema di separazione contabile. In altre parole, le forme di raccolta, impiego e gestione della liquidità (depositi e conti correnti) della Gestione Separata sono autonome e distinte rispetto ai medesimi strumenti per la Gestione Ordinaria, fatte salve esigenze temporanee ed eccezionali».

<sup>22</sup> Come previsto dall'art. 5, d.l. n. 269/2003, per l'amministrazione della gestione separata di cui al comma 8, il consiglio di amministrazione della Cassa depositi e prestiti è integrato dai membri, con funzioni di amministratore, indicati dall'art. 7, c. 1, lett. c), d) e f), l. 13 maggio 1983, n. 197.

speciali rispetto a quanto previsto nel codice civile<sup>23</sup>. Difatti, il Ministro determina, con propri decreti di natura non regolamentare, i criteri per la definizione delle condizioni generali ed economiche dei libretti di risparmio postale, dei buoni fruttiferi postali, dei titoli, dei finanziamenti e delle altre operazioni finanziarie assistite dalla garanzia dello Stato; *i criteri per la definizione delle condizioni generali ed economiche degli impieghi*, nel rispetto dei principi di accessibilità, uniformità di trattamento, predeterminazione e non discriminazione; le norme in materia di trasparenza, pubblicità, contratti e comunicazioni periodiche; i criteri di gestione delle partecipazioni assegnate ai sensi del d.l. n. 269/2003<sup>24</sup>.

È il Ministro, pertanto, che ha il potere di definire le priorità, di determinare le modalità di esercizio, nonché di indicare quali sono i parametri sulla base dei quali impiegare le risorse economiche facenti parte della gestione separata<sup>25</sup>. Se si concentra l'attenzione su questo profilo, si chiarisce bene la posizione del Consiglio di Stato sulla natura giuridica della Cassa: per il giudice amministrativo si tratta di una società per azioni di tipo speciale, da concepirsi come articolazione organicamente collegata, pur

<sup>23</sup> Il Ministro dell'economia e delle finanze, peraltro, «non esercita direzione e coordinamento delle società partecipate ai sensi dell'art. 2497 e seguenti del codice civile», per sua stessa ammissione, come precisato nel D.M. Economia e Finanze 6 ottobre 2004, recante «Determinazioni ai sensi dell'art. 5, comma 11, lettere a), b) e c), del decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, ed esercizio del potere di indirizzo della gestione separata della Cassa depositi e prestiti società per azioni, a norma dell'art. 5, c. 9, del citato decreto-legge».

<sup>24</sup> Con il decreto del Ministro dell'economia del 5 dicembre 2003, Cassa depositi e prestiti ha acquisito dal Ministero dell'economia e delle finanze partecipazioni in Enel S.p.A., Eni S.p.A. e Poste italiane S.p.A., per un corrispettivo complessivo pari a circa 10.991 milioni di euro, ossia un portafoglio partecipazioni contraddistinto da alti dividendi. Alcune di queste partecipazioni sono state successivamente cedute e sono tornate al Ministero dell'economia, come ad esempio la partecipazione del 30 per cento detenuta in Poste Italiane, con il superamento della latente situazione di conflitto d'interessi prima configurabile per l'effettuazione, per conto di Cassa, da parte delle stesse Poste, della raccolta del risparmio postale. Inoltre, sono state permutate le partecipazioni detenute in ENEL e STH con un ulteriore consistente pacchetto di azioni ENI, peraltro da gestirsi secondo criteri condizionati dalla consultazione vincolante con il Ministero dell'economia e delle finanze.

<sup>25</sup> «I predetti poteri del Ministro dell'economia e delle finanze non possono essere esercitati con riguardo alla gestione delle partecipazioni detenute da CDP S.p.A. in società controllate che gestiscono infrastrutture di rete di interesse nazionale nel settore dell'energia e nelle loro società controllanti, secondo quanto previsto dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 25 maggio 2012, recante Criteri, condizioni e modalità per adottare il modello di separazione proprietaria della società SNAM Spa ai sensi dell'art. 15 della legge 24 marzo 2012, n. 27».

## la cassa depositi e prestiti tra i diritti e le reti

senza diventarne ente strumentale, dell'ente pubblico, per lo svolgimento di compiti istituzionali allo stesso demandati. Per cui la forma societaria viene a costituire mero involucro formale, e cioè un espediente tecnico-giuridico per il conseguimento d'importanti vantaggi rispetto al tradizionale modello organizzativo delle amministrazioni pubbliche, quali la maggiore flessibilità organizzativa, la possibile limitazione della partecipazione pubblica ad una quota del capitale sociale e la possibilità della sua circolazione, l'utilizzazione delle esperienze di altri soggetti nella gestione d'analoghi servizi<sup>26</sup>.

Ad ulteriore conferma che, se si guarda alla gestione separata, in cui sono confluite le attività storiche di questo istituto, la Cassa depositi e prestiti è una società a controllo statale necessario, occorre aggiungere un ulteriore profilo. Tutti gli atti, i contratti e i trasferimenti di questo peculiare ramo di attività sono soggetti ad uno speciale regime di esenzione fiscale, essendo esenti dall'imposta di registro, dall'imposta di bollo, dalle imposte ipotecarie e catastali e da ogni altra imposta indiretta, nonché ogni altro tributo o diritto. Ciò pone, senza dubbio, le attività della gestione separata al di fuori del perimetro del mercato, garantendo a tale investitore di lungo periodo una posizione di privilegio e di vantaggio rispetto agli istituti finanziari ordinari.

Non a caso, in Germania, in cui vi è stata una parabola evolutiva simile alla situazione italiana, per le attività tradizionali della *Kreditanstalt für Wiederaufbau* (KfW) si è optato per la separazione societaria, che è cosa diversa rispetto alla separazione contabile scelta nel nostro ordinamento.

Se, dunque, la gestione separata è un sistema dissociato «ai fini contabili ed organizzativi», la cui direzione è uniformata a «criteri di trasparenza e di salvaguardia dell'equilibrio economico», nondimeno per la Cassa depositi e prestiti nel suo complesso valgono in parte le regole previste per gli intermediari finanziari. In particolare, l'art. 5 del d.l. n. 269/2003 stabilisce, al comma 6, che la Cassa è assoggettata alle disposizioni del Titolo V del testo unico delle leggi in materia di intermediazione bancaria e creditizia (TUB), nel rispetto però delle peculiarità che la connotano, nonché della speciale disciplina della gestione separata.

Essendo la Cassa una banca peculiare, per questa sono stati emanati provvedimenti specifici in materia da parte della Banca d'Italia. Senza addentrarsi nei particolari, tale intermediario è comunque sottoposto alla vigilanza di tipo "informativo". Dal 2006, è stata classificata – come specifica la Corte dei conti – «come ente creditizio (*credit institution*) fra le Istituzioni

<sup>26</sup> Cons. St., sez. VI, 7 agosto 2007, n. 550, commentata da S. Simone, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 155 ss.

Finanziarie Monetarie (IFM) dell'Unione Europea, e conseguentemente assoggettata sia al regime di riserva obbligatoria, sia all'obbligo di fornire, da ottobre 2007, un'informativa patrimoniale mensile indirizzata, per il tramite della Banca d'Italia, alla Banca Centrale Europea (c.d. segnalazione statistica all'Eurosistema o Sezione V della Matrice dei conti di Vigilanza), con la conseguente necessità di disaggregare il dato contabile per attributi di rapporto e di controparte»<sup>27</sup>.

Sostanzialmente Cassa depositi e prestiti è tenuta ad obblighi di segnalazione periodica alla Banca d'Italia, secondo le istruzioni di vigilanza di quest'ultima. Sono state estese alla Cassa «le stesse regole e modalità segnalative previste per le banche», e quindi l'obbligo di fornire, «seppure con la necessaria gradualità» e «pur avute presenti le specificità operative della Cassa», «*un flusso di informazioni strutturato e standardizzato*», alla luce di appositi schemi di rilevazione.

La vigilanza bancaria implica non solo particolari modalità operative, ma anche il rispetto di stringenti requisiti di capitale, a cui sono normalmente sottoposti gli istituti di credito. In altre parole, nel momento in cui la società Cassa decida di erogare una determinata somma di finanziamenti sulla base del suo piano industriale, la stessa dovrà parallelamente parametrarsi sulla quota di capitale che deve tenere a disposizione. Non potrà decidere, ad esempio, di ridurre il capitale, senza a quel punto rivedere il piano di finanziamenti<sup>28</sup>.

### 3. A chi spettano le scelte di investimento?

Preso atto dunque della peculiare identità giuridica della Cassa depositi e prestiti, un investimento come quello nelle reti di nuova generazione, teso a recuperare il ritardo dell'Italia nel processo di digitalizzazione, in quale ramo dell'attività di Cassa troverebbe, nel caso, collocazione? Nella gestione separata o nella gestione ordinaria?

In *teoria*, stando alle previsioni contenute nello statuto, potrebbe trovare accoglimento addirittura in entrambe. Rientrerebbe nella gestione ordina-

<sup>27</sup> Note Banca d'Italia n. 928372 del 28 agosto 2006 e n. 1306243 del 15 dicembre 2006.

<sup>28</sup> Questo aspetto, ad esempio, è emerso all'indomani della presentazione del piano di dismissioni, voluto dall'attuale governo Letta, in cui molte delle partecipazioni (Snam, Terna, Fincantieri, Sace, Tap) di cui è stata annunciata la vendita, sono controllate dalla Cassa depositi e prestiti, la quale ha chiesto, per questa ragione, che 4-4,5 miliardi dei proventi restino nelle sue disponibilità.



## la cassa depositi e prestiti tra i diritti e le reti

ria perché, ai sensi dell'art. 3, lett. b), con quest'ultima si realizzano operazioni di «finanziamento, sotto qualsiasi forma, ivi compreso l'acquisto di crediti di impresa, delle opere, degli impianti, delle reti e delle dotazioni destinati alla fornitura dei servizi pubblici ed alle bonifiche, mediante l'utilizzo di fondi provenienti dall'emissione di titoli, dall'assunzione di finanziamenti e da altre operazioni finanziarie, senza garanzia dello Stato, con preclusione della raccolta di fondi a vista e con raccolta effettuata esclusivamente presso investitori istituzionali». Se si immagina la rete NGN come un'infrastruttura privata, non vi sono difficoltà ad ammettere una tale soluzione. Ma potrebbe rientrare anche nella gestione separata, nel momento in cui ciò avvenga tramite «l'assunzione di partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale, che risultino in una stabile situazione di equilibrio finanziario, patrimoniale ed economico e siano caratterizzate da adeguate prospettive di redditività». Tali partecipazioni possono essere acquisite anche attraverso veicoli societari o fondi di investimento<sup>29</sup>. La società su cui si investe deve essere strategica per il settore di operatività, per i livelli occupazionali, per l'entità di fatturato ovvero per le ricadute per il sistema economico – produttivo del Paese, come stabilito dall'art. 5, c. 8-bis, d.l. n. 269/2003. D'altronde, è evidente che la rete fissa NGN costituisce un *asset* strategico.

In *pratica*, però, le cose stanno diversamente, se solo si considera che vi è una netta sproporzione tra le voci patrimoniali e le voci economiche delle due gestioni. Qualche numero: le partecipazioni azionarie della gestione separata ammontano a più di 18 miliardi di euro, quelle della gestione ordinaria si fermano a 77 milioni di euro; il risultato di gestione della separata è di più di 2 miliardi di euro, mentre quello dell'ordinaria è “solo” di 32 milioni di euro. Con ciò si vuole sostenere che il finanziamento di un'infrastruttura molto costosa, come la rete NGN, difficilmente potrebbe trovare capienza nelle cosiddette risorse proprie di Cassa, ossia nei fondi contabilizzati nella gestione ordinaria.

Se così stanno le cose, si deve concludere che un finanziamento come quello nelle reti di telecomunicazioni di nuova generazione troverebbe più facilmente spazio nella gestione separata. Ne consegue, allora, che tale scelta di investimento è, innanzitutto, nella disponibilità di chi ha responsabilità di

<sup>29</sup> Non a caso l'eventuale investimento sulla rete di nuova generazione avverrebbe, con molta probabilità, da parte di Cassa depositi e prestiti, mediante le controllate F2i e Fondo strategico italiano, che a loro volta controllano una loro partecipata, ossia Metroweb. Il gruppo Cassa, infatti, «ha sottoscritto un importante aumento di capitale di Metroweb Italia, sulla base di un piano industriale inteso a replicare in altre città la rete NGN/FTTH realizzata a Milano», come specificato in F. Bassanini, *L'Italia tra ripresa e declino: gli investimenti nelle reti di telecomunicazione e la competitività del Paese*, cit.

governo. Al Ministro dell'economia e delle finanze spetta, infatti, il potere di indirizzo della gestione separata. È quest'ultimo che stabilisce i criteri per la definizione delle condizioni generali ed economiche degli impieghi, nel rispetto dei principi di accessibilità, uniformità di trattamento, predeterminazione e non discriminazione.

A dispetto della chiara previsione legislativa, non è semplice capire come tale potere di indirizzo si traduca in concreto. Basti pensare già solo alle difficoltà di reperire il decreto, di natura non regolamentare, del Ministro dell'economia e delle finanze, adottato il 18 giugno 2004, n. 59627, con il quale, ai sensi dell'art. 5, c. 11, lett. d), d.l. n. 269/2003, sono stati definiti i criteri di gestione delle partecipazioni societarie dello Stato trasferite a Cassa depositi e prestiti. Sarà per le discipline di settore di particolare complessità, oppure per l'intervento pubblico di forte incidenza sul tessuto economico e sociale, di fatto comunque si produce un intreccio difficilmente districabile tra le funzioni del Ministro e quelle di gestione della Cassa.

Le diverse competenze, dunque, non si esercitano in sequenza (indirizzo – gestione – controllo), ma in parallelo, dando vita a modelli ibridi e a forme di co-decisione tecnico-politica. Oltre a ciò, deve essere sottolineato un ulteriore aspetto. Se è vero che la Cassa può assumere partecipazioni in società di rilevante interesse nazionale, è anche vero che tali società devono risultare in una stabile situazione di equilibrio finanziario, patrimoniale ed economico e devono essere caratterizzate da adeguate prospettive di redditività.

Ora la valutazione del relativo equilibrio economico dell'operazione di finanziamento, che costituisce, in base all'art. 5, c. 8-*bis*, una condizione imprescindibile per la fattibilità dello stesso, non spetta all'organo di indirizzo politico. Il Ministro può indicare le priorità, ma l'accertamento sull'equilibrio e sulle prospettive di redditività è di competenza della Cassa depositi e prestiti, che si serve per questi compiti di un *advisor* finanziario.

In altre parole, all'investitore infrastrutturale di lungo periodo, benché operi in condizioni di privilegio e non competa ad armi pari sul mercato – basti pensare alla menzionata condizione di esenzione dall'imposizione fiscale – spetta comunque l'ultima parola sulla valutazione economica dell'investimento. Certo, si potrebbe aggiungere che l'amministratore di una società per azioni si deve comportare comunque con coerenza rispetto allo spirito degli accordi che ha concluso, quale ne sia il contenuto, per cui una sua azione potrebbe essere sindacata sotto il profilo della correttezza e della buona fede.

Eppure è diverso lo spirito di servizio che caratterizza il decisore pubblico dall'amministratore privato, come sottolinea la tesi del *nexus of contracts*,

## la cassa depositi e prestiti tra i diritti e le reti

in base alla quale occorre dare rilevanza giuridica all'aspirazione del secondo alla massimizzazione dei suoi propri guadagni. Al di là se si tratti di un aspetto strutturale o funzionale, chi esercita poteri pubblici, un assessore o un dirigente, opera in un contesto di limiti imposti dall'esterno, da fonti del diritto volte a tutelare interessi pubblici, per cui agisce nell'interesse esclusivo di altri. Diversamente l'amministratore, pur essendo considerato tradizionalmente un gestore di un affare altrui, ha un immediato vantaggio dai risultati positivi della società. Insomma, il Ceo di una *public company* corre il rischio di essere il soggetto che, dal buon andamento dell'impresa, guadagna, come singolo, più di chiunque altro. In questa prospettiva, l'amministratore di una società svolge un compito fissato dall'esterno – la legge o il contratto definiscono i limiti che il soggetto deve rispettare – ma *persegue il proprio interesse*<sup>30</sup>.

Tale assetto vale anche per gli amministratori di Cassa depositi e prestiti, i quali, al pari di quanto accade in altri istituti finanziari, percepiscono una parte dei loro guadagni in base ai risultati di mercato della società. È chiaro, pertanto, che la condizione minima per un investimento del genere è che si prevedano almeno ritorni più che sicuri nel medio-lungo termine.

### 4. Esistono meccanismi di controllo delle scelte aziendali di Cassa depositi e prestiti?

Non mancano, inoltre, i meccanismi di controllo sulle attività aziendali – in particolare, all'interno della gestione separata – poste in essere da Cassa depositi e prestiti, volti nel caso anche a verificare se tale società per azioni, nei limiti indicati, debba agire come un ente pubblico o una *merchant bank*, ossia se, stando alla fattispecie esaminata, la stessa debba o meno farsi carico di garantire i nuovi diritti sociali legati alla digitalizzazione, al fine di compensare in parte le diseguaglianze prodotte dall'economia di mercato. Come spesso accade, i controlli sono numerosi e l'effetto è che nessuno di essi è veramente incisivo.

Innanzitutto, c'è un controllo interno, che è quello tipico delle società per azioni, ossia la sottoposizione alla verifica di un organo come il collegio sindacale, che vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e in particolare sull'adeguatezza del-

<sup>30</sup> C. Angelici, *Le basi contrattuali della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo, Portale, Torino, Utet, 2004, 101 ss.; F. Denozza, *Quattro variazioni sul tema: "Contratto, impresa e società nel pensiero di Carlo Angelici"*, in *Giur. comm.*, 2013, 480.

l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento, secondo quanto prescrive l'art. 2403, come novellato a seguito della riforma del diritto societario.

C'è poi un controllo esterno della Corte dei conti, che, da un lato, partecipa con un magistrato alle riunioni del consiglio di amministrazione, dall'altro, svolge in via successiva un'attività di controllo sui risultati della gestione finanziaria.

Nemmeno manca il controllo parlamentare. Sussiste, infatti, la peculiare verifica di una commissione parlamentare bicamerale di vigilanza, prevista dall'art. 3 R.d. 2 gennaio 1913, n. 453. È composta di quattro senatori e di quattro deputati, di tre consiglieri di Stato e di un consigliere della Corte dei conti<sup>31</sup>. E non è certo priva di poteri. Basti pensare che, ai sensi dell'art. 4, la Commissione di vigilanza può procedere o disporre che si proceda a tutte quelle verificazioni che reputerà necessarie. Spetta alla Commissione l'approvazione «dei rendiconti consuntivi della Cassa medesima, delle gestioni annesse e degli istituti di previdenza, i quali rendiconti, parificati dalla Corte dei conti, saranno presentati in allegato alla relazione della Commissione medesima al Parlamento, entro l'anno successivo a quello cui essi si riferiscono».

Non solo. Ogni anno il presidente della Commissione di vigilanza presenta «al Parlamento una relazione sulla direzione morale e sulla situazione materiale dell'amministrazione della Cassa dei depositi e prestiti e degli Istituti di previdenza». Peccato che, nel nostro ordinamento, questo organismo di vigilanza sia ritenuto a tal punto fondamentale che, nell'arco della XVII legislatura (quella attuale), ancora non sia stato costituito, sebbene siano trascorsi nove mesi dalle elezioni.

Insomma, i meccanismi di controllo di certo non mancano. Invece, ciò che sembra in parte mancare – anche se risulta paradossale – è l'adeguatezza

<sup>31</sup> Come previsto dall'art. 3, R.d. 2 gennaio 1913, n. 453, recante "Approvazione del testo unico delle leggi riguardanti l'Amministrazione della Cassa dei depositi e prestiti, delle gestioni annesse, della sezione autonoma di credito comunale e provinciale e degli Istituti di previdenza", «i senatori ed i deputati sono scelti dalle rispettive Camere all'inizio di ogni legislatura e nell'intervallo tra una legislatura e l'altra continuano a far parte della commissione. Per ciascun parlamentare membro effettivo è designato un supplente, chiamato a sostituirlo in caso di cessazione dall'incarico. I consiglieri di Stato ed il consigliere della Corte dei conti sono nominati rispettivamente dal presidente del Consiglio di Stato e dal presidente della Corte dei conti, restano in carica per lo stesso periodo previsto per i parlamentari e possono essere riconfermati. Essi cessano di far parte della commissione in caso di collocamento a riposo ed alla loro sostituzione, per il restante periodo, si provvede a norma del precedente comma. La commissione di vigilanza nomina il presidente ed il vicepresidente tra i suoi componenti».

## la cassa depositi e prestiti tra i diritti e le reti

del sistema di *accountability*<sup>32</sup>. Ci sono tanti controllori, ma l'impressione è che gli amministratori di Cassa depositi e prestiti rendano poco conto all'esterno, principalmente alle istituzioni pubbliche, delle scelte aziendali di questo tenore, giacché le stesse sono poco verificabili ed esaminabili. In questo profilo si intravede un'ambivalenza: sia una mancata opportunità sia la prevenzione di un rischio. La prima: perché è chiaro che, qualora Cassa depositi e prestiti fosse più diretta dalla "buona" politica, potrebbe meglio concorrere a obiettivi macroeconomici di interesse comune<sup>33</sup>. Il secondo: perché, qualora Cassa fosse sotto il giogo della politica, vi sarebbe il rischio che le sue risorse vengano stornate per la protezione di interessi privati.

### 5. Considerazioni conclusive

Alla luce delle considerazioni svolte, il caso della rete di nuova generazione può essere considerato emblematico. Un conto è se gli organi di indirizzo politico "domandano" a Cassa di impiegare risorse economiche, acquistando da Telecom Italia la rete metallica fissa, con l'effetto di "salvare" un'impresa privata in forte crisi economica. Una decisione di questo tipo sarebbe, innanzitutto, in contrasto col divieto europeo di consentire aiuti di stato anti-concorrenziali, rivolgendosi per giunta a favore di un operatore economico verticalmente integrato. Altra cosa, invece, è se la guida politica dovesse reclamare di usare le risorse per portare la rete di nuova generazione nelle aree a fallimento di mercato, operando una scelta di investimento pro-ciclica e, al contempo, *market friendly*, dunque in linea con l'ordinamento europeo. Si tratterebbe di un investimento pubblico teso a surrogare il mercato nel momento in cui quest'ultimo fallisce.

<sup>32</sup> Come evidenzia L. Torchia, *La realizzazione delle infrastrutture in Italia: le regole, le decisioni, i tempi*, cit., nella realizzazione delle infrastrutture i controlli attuali «numerosi, sovrapposti, non coordinati, incerti nei parametri e nell'applicazione e prevalentemente di tipo impenitativo» sono «inutili», perché «hanno l'effetto di riparare dalle responsabilità chi non fa, mentre di converso contribuiscono a rendere molto rischiosa la scelta di fare».

<sup>33</sup> Come sottolinea F. Bassanini, *L'Italia tra ripresa e declino: gli investimenti nelle reti di telecomunicazione e la competitività del Paese*, cit., questo è «l'approccio della (buona) politica: se la rete fissa di nuova generazione è un'infrastruttura essenziale per la crescita e la competitività del Paese e per la produttività delle imprese, occorre garantire gli investimenti necessari con risorse pubbliche, o creare le condizioni per attrarre capitali e finanziamenti privati. Se i capitali e i finanziamenti privati sono insufficienti, chi ha responsabilità di governo non può limitarsi a prenderne atto. Perché forse non è vero che, nel settore, l'offerta crea la domanda; ma è probabilmente vero che l'offerta libera la domanda latente, mentre la mancata offerta la paralizza».

Se la storia è maestra, non bisogna dimenticare i suoi insegnamenti. Anche perché le questioni del passato sembrano riproporsi oggi in modo simile, in particolare nella forma del dilemma tra autonomia e influenza della politica. Si prenda il caso degli enti di gestione. «I gruppi pubblici, fino agli anni '60, si autofinanziavano, ricorrendo largamente al mercato dei capitali, come emissione di obbligazioni e di azioni. A partire dalla fine degli anni '60, la loro potenza finanziaria fece credere a molti che essi potessero tutto. I governi affidarono ad essi imprese disperate, come lo sviluppo del Mezzogiorno, o che si rivelarono disperate, come la chimica. Alle prime minacce, si registrò una «fuga dei privati», insoddisfatti dalla scarsa redditività delle azioni. Trovatisi in difficoltà, i gruppi pubblici cominciarono a chiedere mezzi finanziari al Tesoro, lamentando la loro sottocapitalizzazione. Ma, con i soldi del Tesoro, arrivarono nuove richieste di interventi in perdita, vincoli e controlli statali. Ad esempio, la Corte dei conti cominciò a guardare più attentamente nei bilanci degli enti. Gli stessi aumenti dei fondi di dotazione vennero disposti per scopi determinati, perché il Tesoro voleva garantirsi che non fossero distolti da essi. E gli enti cominciarono a rendersi conto di essersi messi in un circolo vizioso: più diventavano grandi, più ottenevano fondi statali, più perdevano autonomia»<sup>34</sup>.

Ci sarebbe da chiedersi, allora, se è preferibile rafforzare il governo, nel suo controllo diretto o sulla gestione, oppure se vale la pena difendere l'autonomia che è (ed è sempre stata) lo scudo al riparo del quale le imprese pubbliche possono agire in libertà. Ma il campo diventa vasto.

### *Abstract*

*The effectiveness of “new” social rights, such as telemedicine, tele-working, tele-education – aimed at ensuring citizens a degree of education, welfare and social security commensurate with the high current standards – requires investments in next generation networks. Small arrangement or fringe investments are not enough, it needs to create a new network architecture, structured on broadband. Who is responsible for this cost? Communications services companies or qualified investors who operate with long term capital, like Cassa depositi e prestiti? In the latter case, might political body*

<sup>34</sup> Così in S. Cassese, *Le privatizzazioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 39. Sul ruolo dello Stato in economia oggi, G. Napolitano, *Espansione o riduzione dello Stato? I poteri pubblici di fronte alla crisi*, in *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, a cura di G. Napolitano, Bologna, il Mulino, 2012, 471 ss.

## **la cassa depositi e prestiti tra i diritti e le reti**

*in his capacity as controlling shareholder burden that choice of investment? The article attempts to answer these questions after reviewing business branches of activity carried out by Cassa depositi e prestiti, their respective models of governance as well as the control mechanisms of corporate decisions.*





GIANLUCA ZARRO

IL CONTRATTO DI DISPONIBILITÀ:  
UN NUOVO MODELLO CONTRATTUALE A SOSTEGNO  
DELL'OPPORTUNITÀ DI EQUILIBRI CONGIUNTURALI

SOMMARIO: 1. Premessa: la determinazione AVCP n. 4 del 22 maggio 2013. – 2. La “causa” giuridica del contratto di disponibilità. – 3. Dei rapporti tra il contratto di disponibilità ed il *leasing* finanziario ed operativo. – 4. La locazione finanziaria nei contratti pubblici. – 5. La disciplina giuridica del contratto di disponibilità. – 6 Considerazioni conclusive.

**1. Premessa: la determinazione AVCP n. 4 del 22 maggio 2013**

L'istituto giuridico del “contratto di disponibilità” (introdotto dall'art. 44 del recente d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, cd. *Cresci Italia*, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, c. 1, l. 24 marzo 2012, n. 27, recante “Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività”) viene ricondotto dallo stesso legislatore nella più generale categoria dei «contratti di partenariato pubblico privato» (ovvero, i «contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti», art. 3, c. 15-*ter*, Codice degli appalti).

Più nel dettaglio, con riguardo all'articolato normativo del codice dei contratti pubblici, occorre segnalare che in primo luogo è stato introdotto il c. 15-*bis*.1, che ha modificato l'art. 3, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, che contiene la definizione del contratto in oggetto<sup>1</sup>; in secondo luogo, all'art. 15-

<sup>1</sup> Quale contratto «mediante il quale sono affidate, a rischio e a spesa dell'affidatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo. Si intende per messa a disposizione l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel ri-

ter, è stata inserita la definizione della nozione, già nota in dottrina e giurisprudenza, dei contratti di partenariato pubblico privato, cui il contratto di disponibilità è riconnesso; infine, una specifica disciplina è stata inserita nel capo III della parte II del titolo III, all'art. 160-ter del codice<sup>2</sup>, e, ci sia consentita questa repentina anticipazione, tutti i commentatori hanno sottolineato il legame con l'art 160-bis che si occupa della locazione finanziaria.

Si è detto che il contratto di disponibilità si presta ad essere utilizzato

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

È interessante rilevare che, come si evidenzia nella relazione di accompagnamento, si è voluto usare una espressione quale «opera [...] destinata all'esercizio di un pubblico servizio, piuttosto che la generica espressione di "opera pubblica o di interesse pubblico", quasi a voler sottolineare l'esigenza che tale nuovo contratto venga utilizzato per la realizzazione di opere funzionali, in sé e rispetto all'esercizio di un pubblico servizio».

Nella relazione di accompagnamento al decreto, ci si limita ad enucleare gli elementi strutturati del contratto e cioè che il nuovo strumento contrattuale «è caratterizzato dall'affidamento a un soggetto privato [...] della costruzione e della messa a disposizione del committente pubblico di un opera di proprietà privata, per l'esercizio di un pubblico servizio», e ciò a rischio del privato stesso, ad evidenziare il contenuto delle prestazioni alle quali può essere tenuto il committente pubblico e cioè quelle del versamento di un canone di disponibilità e, al fine di attenuare gli oneri finanziari, di un eventuale contributo in corso d'opera, comunque non superiore al cinquanta per cento del valore dell'opera, nonché di un prezzo finale, parametrato al valore residuo rispetto ai canoni versati, da corrispondere nel caso in cui l'opera passi in proprietà al committente. In proposito, è stato scritto che: «Vi è dunque un 'dare' il corrispettivo a carico dell'amministrazione e vi è un 'fare' di duplice contenuto e cioè con riguardo alla costruzione dell'opera, e con riguardo alla manutenzione dell'opera stessa, che deve essere tenuta in condizioni idonee ad assicurare l'erogazione del servizio. Siamo nell'ambito dello schema del *do ut facias*». F. Botteon, *Il contratto di disponibilità secondo il "decreto Monti" tra innovazione e ruolo dell'autonomia contrattuale*, in *I contratti dello Stato e degli enti pubblici. Rivista di dottrina e giurisprudenza*, 1, 2012, 12.

<sup>2</sup> L'art. 160 ter del codice citato, che, detta la relativa disciplina: «1. L'affidatario del contratto di disponibilità è retribuito con i seguenti corrispettivi, soggetti ad adeguamento monetario secondo le previsioni del contratto:

a) un canone di disponibilità, da versare soltanto in corrispondenza alla effettiva disponibilità dell'opera; il canone è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità della stessa per manutenzione, vizi o qualsiasi motivo non rientrante tra i rischi a carico dell'amministrazione aggiudicatrice ai sensi del comma 3;

b) l'eventuale riconoscimento di un contributo in corso d'opera, comunque non superiore al cinquanta per cento del costo di costruzione dell'opera, in caso di trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice;

c) un eventuale prezzo di trasferimento, parametrato, in relazione ai canoni già versati e all'eventuale contributo in corso d'opera di cui alla precedente lettera b), al valore di mercato residuo dell'opera, da corrispondere, al termine del contratto, in caso di trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice.

## il contratto di disponibilità

«per la realizzazione di opere c.d. “fredde”<sup>3</sup>, cioè di infrastrutture destinate all'utilizzazione diretta della pubblica Amministrazione per lo svolgimento di un pubblico servizio (ad es. uffici pubblici)<sup>4</sup>».

La sostanziale innovazione rispetto alle altre soluzioni di *partnership* regolate dal codice (per tutti, si pensi al *project financing*<sup>5</sup>) è rinvenibile nella previsione per cui nel contratto in esame, l'affidatario assume il rischio della costruzione (comprensivo della progettazione e dello sviluppo della gara) e della gestione tecnica dell'opera anche per il periodo della messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice. In sostanza, come si vedrà anche allorché si avrà modo di trattare della disciplina del rischio connessa alla contrattazione *de qua*, la novità del contratto di disponibilità rispetto alle analoghe figure già conosciute dal codice dei contratti pubblici è data dal fatto che la progettazione e l'opera sono di proprietà del privato e che, quindi, solo ad esso potrà essere riferita la responsabilità. Pertanto, la parte privata assume, in questo nuovo tipo contrattuale, un ruolo del tutto nuovo, perché ne viene fortemente accentuata la posizione rispetto a quella del soggetto pubblico: «a differenza degli altri casi di partenariato pubblico/privato disciplinati dal codice dei contratti, la parte privata, costruttrice e finanziatrice rimane proprietaria dell'opera e non si limita ad affiancare la pubblica amministrazione<sup>6</sup>».

<sup>3</sup> Secondo l'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici (determinazione AVCP. n. 2/2010) le opere pubbliche si possono qualificare come: «calde sono quelle opere dotate di un'intrinseca capacità di generare reddito attraverso ricavi da utenza, in misura tale da ripagare i costi di investimento e remunerare adeguatamente il capitale coinvolto nell'arco di vita della concessione; fredde sono invece, le opere per le quali il privato che le realizza e gestisce fornisce direttamente servizi alla pubblica amministrazione e trae la propria remunerazione da pagamenti effettuati dalla stessa. A tali opere fa riferimento l'art. 143, comma 9 del Codice, sopra citato. Tra queste due tipologie di opere, si pongono in posizione mediana quelle i cui ricavi da utenza non sono sufficienti a ripagare interamente le risorse impiegate per la loro realizzazione, rendendo necessario per consentire la fattibilità finanziaria, un contributo pubblico (cd. opere tiepide)». Calde sono quindi, ad esempio, le strade e i parcheggi sottoposti a pedaggio; fredde risultano essere le edificazioni di edifici pubblici, gli ospedali, le scuole, le trasformazioni urbane, le carceri. *Amplius* F. Botteon, *Il contratto di disponibilità*, cit., 13.

<sup>4</sup> C. conti, sez. contr. Puglia, del 31 maggio 2012, n. 66.

<sup>5</sup> Ad avvicinare le due figure, quella del *project financing* e quella del contratto di disponibilità, è proprio la considerazione per cui in entrambi vi è la realizzazione di un progetto capace di autosostenersi, giacché è pur sempre alla parte privata che viene affidata sia la progettazione, sia la messa in opera. Per ciò che attiene ai profili differenziali, lo scopo del contratto di disponibilità è la sola messa a disposizione dell'opera in favore della PA., mentre la gestione della stessa, che nel *project financing* costituisce l'utilità principale che trae il privato, è solo il contenuto di un obbligo periodico e di durata nei confronti della PA.

<sup>6</sup> F. Tufarelli, *Il contratto di disponibilità*, in *Gior. dir. amm.*, 6, 2012, 604.

L'attualità dei problemi che questo schema negoziale continua a porre nella prassi, ma anche nelle elaborazioni teoriche connesse al suo complesso inquadramento nel *genus* dei contratti di partenariato pubblico-privato è comprovata dalla determinazione n. 4 del 22 maggio 2013 con la quale l'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici ha tentato di risolvere alcuni problemi interpretativi, su cui pure cercheremo di soffermarci: «*L'introduzione nel sistema degli appalti pubblici del contratto di locazione finanziaria e del contratto di disponibilità ha posto alcuni dubbi di carattere interpretativo relativi, soprattutto, ad aspetti delicati del disegno di gara, quali, ad esempio, la tipologia di soggetti ammessi alle procedure competitive, la ripartizione dei rischi tra pubblico e privato, la corretta strutturazione delle operazioni dal punto di vista tecnico ed economico-finanziario*<sup>7</sup>».

## 2. La “causa” giuridica del contratto di disponibilità

Dall'esame dell'art. 160-ter, così come innanzi richiamato, si possono trarre due prime considerazioni interpretative.

La prima attiene all'ampia autonomia che il legislatore ha inteso riconoscere ai contraenti dando loro la possibilità di “personalizzare” la causa giuridica dello schema negoziale “piegandola” ad esigenze concrete che possono venire in rilievo in sede di realizzazione dell'opera privata destinata ad un servizio pubblico.

La seconda considerazione (diretta conseguenza della prima) è che il legislatore riconosce alle parti detta autonomia negoziale anche in sede di regolamentazione contrattuale dei reciproci obblighi<sup>8</sup>.

La prima considerazione (ovvero, quella sulla causa giuridica dello schema negoziale *de qua*), risulta avere rilievo da un punto di vista civilistico ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile; lo schema giuridico del contratto di disponibilità dettato dal legislatore lascia ampio spazio all'autonomia negoziale dei contraenti, che possono adattare il sinallagma funzionale integrando il canone pattuito per l'effettiva disponibilità dell'opera (c. 1, lett. a), art. 160-ter codice dei contratti) con un eventuale ulteriore contributo in corso d'opera non superiore alla metà del costo di rea-

<sup>7</sup> A quanto ci consta la determinazione n. 4 del 22 maggio 2013 ha ricevuto solo alcuni commenti, ancora provvisori: R. Cori, I. Paradisi, *Leasing in costruendo, per l'Authority il contratto è unitario: ecco che cosa significa in concreto*, in *Edilizia e territorio fascicolo on line*, 2013; Id., *Contratto di disponibilità, il canone deve essere variabile, ma solo in base a rischi controllabili dal privato*, *ivi*, 2013; Id., *Leasing-Disponibilità: confronto tra i due strumenti e nodi ancora aperti*, *ivi*, 2013.

<sup>8</sup> C. conti, sez. contr. Lombardia, del 23 ottobre 2012, n. 82.

## il contratto di disponibilità

lizzazione (ai sensi del c. 1, lett. b)) per il riscatto dell'infrastruttura o, persino, con un vero e proprio corrispettivo per il trasferimento, da corrispondere al termine del contratto, dedotte tutte le somme già versate a titolo di canoni ed a titolo di contributo in corso d'opera (c. 1, lett. c)).

D'altra parte, lo stesso legislatore è consapevole del fatto che rientra nell'autonomia negoziale dei contraenti la facoltà di adattare, attraverso il regolamento contrattuale, «le modalità di ripartizione dei rischi tra le parti» medesime (secondo periodo del secondo comma dell'art. 160-ter).

Dunque, il legislatore in astratto attribuisce ai contraenti la possibilità di realizzare con il medesimo schema negoziale una molteplicità di funzioni economico-sociali: la realizzazione di un'opera da parte di un soggetto privato con contestuale garanzia del rispetto dei parametri di funzionalità, affinché la pubblica amministrazione possa utilizzare l'opera realizzata per lo svolgimento di un determinato servizio pubblico (causa tipica del contratto di disponibilità), la realizzazione di un'opera con un contributo pubblico (causa tipica della concessione di costruzione), la realizzazione di un'opera finalizzata al riscatto della stessa da parte della pubblica amministrazione (causa tipica del leasing immobiliare traslativo)<sup>9</sup>.

In ragione di ciò pare opportuno aggiungere che diretta conseguenza dell'ampia autonomia negoziale<sup>10</sup> riconosciuta dal legislatore in capo ai contraenti è che non si può asserire, in astratto ed in generale, quale sia la funzione economico-sociale che le parti intendono realizzare quando si avvalgono dello schema negoziale in esame; infatti, sarà compito dell'interprete del caso concreto – attraverso un esame complessivo del regolamento contrattuale – individuare la funzione economico-sociale che hanno inteso realizzare i contraenti con la complessiva operazione negoziale (non limitando l'analisi al singolo negozio collegato). Nel compiere questa operazione ermeneutica, l'interprete dovrà tenere a mente che – secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione – l'unicità del contratto (nel caso di specie il contratto di disponibilità) non è di per sé elemento sufficiente – quando si è in presenza di una pluralità di cause – per qualificarlo come

<sup>9</sup> C. conti, sez. contr. Puglia, n. 66/2012.

<sup>10</sup> Recenti ed acuti riferimenti al tema dell'autonomia negoziale, in una prospettiva storico-comparativistica, che abbraccia l'esperienza romana e gli ordinamenti positivi (con qualche incursione anche sul tema dell'incidenza del diritto comunitario sull'iniziativa economica privata) sono in V. Giuffrè, *Il bisogno del diritto 3. L'autonomia dei privati. Prospettive e prospettazioni futuribili*, Napoli, Jovene, 2013, *passim*. Questo autore aveva intrapreso l'analisi del tema fin dagli scritti giovanili per giungere a risultati consolidati con il saggio Id., *L'emersione dei 'iura in re aliena' ed il dogma del numero chiuso*, Napoli, Jovene, 1992, 60 ss., nel cui filone si pone il recente scritto che raccoglie e rielabora gli esiti delle sue ricerche.

contratto misto, anche se il contratto è contenuto in un unico documento<sup>11</sup>.

Infatti, per aversi un contratto misto (sia inteso in senso stretto, sia inteso nella figura analoga del contratto complesso) è necessario che vi sia una causa unitaria di detto contratto, anche se risultante dalla fusione di due o più contratti nominati. La coesistenza di una pluralità di cause, implica che si è in presenza non di un unico contratto, ma di «più contratti tra le medesime parti», di un collegamento che può essere genetico (quando interessa la formazione del contratto) o funzionale (quando investe lo svolgimento del rapporto). Ad ogni buon conto, «per aversi un collegamento, in senso tecnico, è necessario, però, che ricorra sia il requisito oggettivo costituito dal nesso teologico tra i diversi contratti, sia il requisito soggettivo costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il collegamento ed il coordinamento di essi per la realizzazione di un fine ulteriore, non essendo sufficiente che quel fine sia perseguito da uno soltanto delle parti, all'insaputa delle altre<sup>12</sup>».

Pertanto, in concordanza con la dottrina e la giurisprudenza assolutamente prevalenti, crediamo di poter ribadire – in qualche misura dissociandoci dalla determinazione dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici – che la qualificazione di un contratto (nella specie di disponibilità) in termini

<sup>11</sup> In proposito, è nota a tutti gli operatori di diritto la sentenza della Suprema Corte (Cass., III, 8 maggio 2006, n. 10490) che inaspettatamente fa propria e ribadisce il valore della ricostruzione dogmatica della causa in chiave concreta, come «ragione economica individuale», «sintesi degli interessi concreti perseguiti dalle parti». In tal modo, la Cassazione accantona definitivamente la vecchia concezione della causa contrattuale, di matrice oggettiva, fatta propria dal codice civile e recepita dalla maggioranza della giurisprudenza.

Per completezza e per l'utilità (marginale) che può rivestire il richiamo, in questa sede, di nozioni ampiamente diffuse si precisa che: sul piano ricostruttivo il contratto misto è configurato come la risultante della combinazione di una pluralità di frammenti di schemi tipici che si fondono e si condizionano vicendevolmente in un'unica causa. Tali schemi non sono suscettibili di autonomia e separata considerazione, a differenza di quanto accade nel negozio complesso. Il contratto complesso o composto è, invece, quello in cui i frammenti della volontà delle parti sono tali che di per sé considerati potrebbero dare vita ad un contratto autonomo, ma nel momento in cui vengono fusi in un unico intento danno luogo ad un contratto unitario. Pertanto, si ricava che la differenza rispetto ad un contratto misto risiede nel dato che in quest'ultimo le singole parti che lo compongono non sono in grado di dar vita ad una fattispecie unitaria, per cui esso è la combinazione di una pluralità di elementi appartenenti a diversi tipi. Per tutti: F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, ESI, 2011, 820 ss.

<sup>12</sup> Si confronti, Cass., sez. un., 10 aprile 2002, n. 5119, in materia di assicurazione sugli infortuni invalidanti e mortali.

## il contratto di disponibilità

di collegamento, se da una parte sottolinea il collegamento, il rapporto di reciproca dipendenza tra i negozi, cosicché le vicende dell'uno debbono ripercuotersi sull'altro, condizionandone validità ed efficacia, dall'altro ne individua gli elementi caratterizzanti che consistono nella pluralità strutturale e nella unitarietà funzionale.

Tale impostazione ha comportato il superamento delle teorie cd. psicologiche del collegamento negoziale, giacché, si ritiene, si ha collegamento ed in particolare collegamento funzionale, non già quando il legame di interdipendenza funzionale dipende dalla volontà delle parti, bensì per il legame causale tra i contratti, cioè il legame va inteso in termini di effetti<sup>13</sup>.

Dunque, applicando detti principi allo schema negoziale del contratto di disponibilità, quando oltre al canone previsto dall'art. 160 *ter*, lett. a), si è in presenza di pattuizioni tipizzate dalle lett. b) e c), spetta all'interprete del caso concreto ricostruire la causa giuridica sottesa all'operazione negoziale; ma in relazione a quanto si è fin qui detto, e cioè per l'assenza di una unità di causa e d'altra parte, per la compresenza tanto di un requisito oggettivo, quanto di un requisito soggettivo, riterremmo di escludere che nel contratto in oggetto possa ravvisarsi un contratto misto.

Infatti, si è già in precedenza sottolineato che la realizzazione di un'opera da parte di un soggetto privato con contestuale garanzia del rispetto dei parametri di funzionalità, affinché la pubblica amministrazione possa, poi, utilizzare l'opera stessa per lo svolgimento di un determinato servizio pubblico, non comporta la fusione degli intenti negoziali del privato e della pubblica amministrazione, che restano distinti, impedendo la configurabilità di un contratto misto; ciò poiché da una parte, nel contratto di disponibilità si ravvisa una causa di finanziamento, dall'altra (ed *ex ante*) si ravvisa quel tipico effetto di somministrazione che connota sia la fornitura di beni e servizi, rilevante sia nel settore privatistico, che, a *fortiori*, pubblico. In

<sup>13</sup> Nella letteratura più recente: G. Lener, *Profilo del collegamento negoziale*, Milano, Giuffrè, 1993, 3 ss.; P. Rescigno, *Note sull'atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)*, in *Contratto e impresa*, 1990, 45 ss.; G. Ferrando, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2, 1997, 233 ss.; Id., *I contratti collegati: principi della tradizione e tendenze innovative*, in *Contr. Impr.*, 2000, 127 s.; F. Barolini, *Collegamento negoziale e interpretazione (soggettiva) del contratto*, in *I contratti*, 4, 2013, 344 ss.; A. Rappazzo, *I contratti collegati*, Milano, Giuffrè, 1999, *passim*; G. Lener, *Collegamento negoziale*, in *Dizionari del diritto privato promossi da N. Irti*, Milano, Giuffrè, 2011, *passim*; V. Buonocore, *Contratti di impresa e collegamento negoziale*, in *I collegamenti negoziali e le forme di tutela*, Milano 2007, [che raccoglie e ordina le relazioni dell'omonimo seminario tenutosi a Milano il 02.12.2006] 12 s.; V. Carbone (a cura di), *Pluralità di contratti e collegamento negoziale*, in *Corriere Giuridico*, 6, 2010, 725. In giurisprudenza Cass., II, 25 luglio 2011, n.16235, in *Dir. e Giust.*, (2011).

ragione di ciò riterremo possibile ravvisare in esso un collegamento funzionale.

### **3. Dei rapporti tra il contratto di disponibilità ed il leasing finanziario ed operativo**

In merito alla “causa giuridica” del contratto di disponibilità, si è sottolineato, nella giurisprudenza in particolare della Corte dei Conti, che il negozio in esame potrebbe confondersi con il leasing operativo o di godimento, il quale ha ad oggetto la messa a disposizione da parte del conduttore di un bene, che di solito è nella disponibilità del locatore, il quale si obbliga a fornire altresì i servizi connessi alla perfetta efficienza del bene stesso (assistenza, manutenzione, ecc.) dietro pagamento dei canoni; tali canoni, diversamente dal leasing finanziario, non contengono alcuna porzione di prezzo, ma sono ragguagliati al valore di utilizzazione del bene, cosicché l’acquisto al termine del contratto costituisce un fatto meramente eventuale.

Viceversa, il leasing finanziario è uno schema negoziale in cui un soggetto detto conduttore si procura la disponibilità di un bene da lui stesso scelto, ma che viene acquistato o fatto costruire per suo conto da una società (società di leasing<sup>14</sup>, appunto), o da un fornitore, che poi lo concede in godimento alla società di leasing per un certo periodo<sup>15</sup>. Il conduttore in corrispettivo di questa disponibilità si obbliga al pagamento di un canone periodico, che secondo quanto avviene nella prassi, deve fare riferimento al costo del bene, agli interessi sul capitale investito, alle spese di gestione ed all’utile della società di leasing, per tutta la durata del contratto, che non può eccedere la vita economica del bene. In tale periodo di tempo, i rischi di perdita e deterioramento del bene rimangono in capo alla società di leasing,

<sup>14</sup> La società di leasing è un intermediario abilitato all’esercizio dell’attività finanziaria, ai sensi del d.lgs. 01 settembre 1993, n. 385, cioè del cd. testo unico delle legge in materia bancaria e creditizia e sceglie il fornitore o l’appaltatore che dovrà fornire o realizzare il bene mobile o immobile oggetto di leasing.

<sup>15</sup> Come è noto, il contratto di leasing o locazione finanziaria non ha a tutt’oggi una specifica disciplina dettata dal legislatore nazionale, ma è definito dall’art. 17, l. 2 maggio 1976 n. 183, secondo il quale «per operazioni di locazione finanziaria si intendono le operazioni di locazione di beni mobili o immobili, acquistati o fatti costruire dal locatore, su scelta e indicazione del conduttore che ne assume tutti i rischi, e con facoltà per quest’ultimo di divenire proprietario dei beni locati al termine della locazione, dietro pagamento di un prezzo prestabilito». Inoltre, la l. 14 luglio 1993 n. 259 ha ratificato la Convenzione UNIDROIT, che disciplina il leasing finanziario internazionale, cioè rispetto a cui i soggetti contraenti ovvero i beni oggetto del contratto hanno sede di affari in stati contraenti diversi.



## il contratto di disponibilità

così come l'ordinaria e straordinaria manutenzione e la responsabilità per vizi e difetti del bene alla fine del periodo, il conduttore può scegliere tra l'acquisto del bene, per un prezzo residuo predisposto, la proroga della locazione o la restituzione del bene.

Dunque, il contratto di leasing finanziario coinvolge tre soggetti diversi: l'utilizzatore del bene, la società concedente, il fornitore del bene.

La fattispecie del leasing non è, pertanto, *latu sensu* qualificabile come un contratto, ma come elemento di un'operazione economica complessa che si caratterizza per l'acquisto del bene immobile da parte del soggetto finanziatore, ossia della società di leasing, che peraltro effettua tale acquisto al solo fine poi di concedere l'immobile così acquistato in locazione finanziaria alla parte utilizzatrice (e finale acquirente). Scopo della società di leasing, quindi, non è quello di acquistare il bene per un utilizzo proprio o al fine di incrementare il proprio patrimonio, ma di concederlo in uso alla parte utilizzatrice in forza di contratto con la finalità dell'immissione di quest'ultima nella detenzione del bene verso pagamento di un canone periodico.

Alla scadenza del contratto di locazione finanziaria è previsto un nuovo atto di trasferimento (riscatto) per la cessione dalla società di leasing alla parte utilizzatrice (acquirente finale) dell'immobile oggetto del primo acquisto e della locazione finanziaria.

A proposito della natura giuridica del contratto di leasing, la dottrina e la giurisprudenza discutono se la locazione finanziaria debba essere considerata un unico contratto trilaterale, oppure un'operazione complessa costituita da due contratti collegati fra loro<sup>16</sup>: il primo di vendita/appalto tra

<sup>16</sup> Cass. civ., III, 27 luglio 2006, n. 17145: «Il leasing finanziario realizza non già un rapporto trilaterale o plurilaterale, bensì un collegamento negoziale tra contratto di leasing e contratto di fornitura, quest'ultimo venendo dalla società di leasing concluso allo scopo – noto al fornitore – di soddisfare l'interesse del futuro utilizzatore ad acquisire la disponibilità della cosa, con specifica ed autonoma rilevanza di tale causa rispetto a quella – parziale – dei singoli contratti, dei quali connota la reciproca interdipendenza (sicché le vicende dell'uno si ripercuotono sull'altro, condizionandone la validità e l'efficacia), a tale stregua segnandone la distinzione con il negozio “complesso” e con il negozio “misto”. E poiché con la conclusione del contratto di fornitura viene a realizzarsi, nei confronti del terzo contraente, la medesima scissione di posizioni che si ha per i contratti conclusi dal mandatario senza rappresentanza, ai sensi dell'art. 1705, II comma, deve riconoscersi la legittimazione dell'utilizzatore a far valere la pretesa all'adempimento o alla risoluzione del contratto, oltre che al risarcimento del danno sofferto (soluzione, questa, sostanzialmente coincidente con quella risultante dalla disciplina dettata in tema di leasing finanziario dalla l. 14 luglio 1993, n. 259, di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Ottawa del 28 maggio 1988 sul leasing internazionale, che, pur se nel caso non applicabile, costituisce utile termine di raffronto, agli effetti della regolamentazione del leasing internazionale e nell'ambito soggettivo di relativa appli-

un fornitore/appaltatore ed un concedente; il secondo più propriamente di leasing che intercorre tra concedente ed utilizzatore.

Un importante punto di arresto si è avuto nel 1986, anno in cui la Suprema Corte è intervenuta in materia di leasing con sei pronunce coordinate (le nn. 5569, 5570, 5571, 5572, 5573, 5574 del 13 dicembre) operando, nell'ambito del *genus* del leasing, la distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo: «il *discrimen* tra le due figure di leasing è costituito dalla previsione originaria, ad opera delle parti, di quello che sarà, alla scadenza del contratto, il rapporto tra il valore residuo del bene e i pezzi di opzione, in quanto, mentre la previsione di un'apprezzabile eccedenza di valore è rivelatrice di una originaria volontà delle parti volta essenzialmente al trasferimento della proprietà del bene inizialmente concesso in godimento, in presenza, invece, di una previsione opposta deve pervenirsi all'individuazione di una volontà negoziale volta essenzialmente alla sola concessione in godimento del bene<sup>17</sup>».

cazione). Quanto, invece, alla possibilità per l'utilizzatore di chiedere direttamente la risoluzione del contratto di vendita tra il fornitore e la società di leasing, la questione, in assenza di disciplina normativa di riferimento, va risolta caso per caso, con accertamento spettante al giudice del merito, in ragione della sussistenza o meno nel contratto di leasing di una specifica previsione con la quale le parti trasferiscono all'utilizzatore la posizione sostanziale originariamente propria della società di leasing acquirente». Tuttavia, da questa stessa sentenza si ricava che la stessa Suprema Corte è oscillante nel suo *dictum*, tra una qualificazione in termini di negozio complesso ed una qualificazione in termini di collegamento negoziale.

La prima decisione della Suprema Corte che postula questa distinzione è Cass., 30 giugno 1998, n. 6412, in *Foro it.*, 1998 I, c. 3082, che dal collegamento negoziale tra contratto di fornitura del bene e contratto di leasing e dall'accostamento dell'utilizzatore al mandante, il quale nel mandato senza rappresentanza può esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato, trae la conseguenza che l'utilizzatore, sprovvisto di azione verso il concedente nell'ipotesi di mancata consegna, può agire direttamente nei confronti del fornitore al fine di ottenere il risarcimento dei danni e, se del caso, l'adempimento. In dottrina: A. Addante, *Collegamento negoziale e cessione del contratto: riflessioni sul leasing*, in *Contratto e impresa*, 2004, 1038; I. Redi, *Contratto di leasing ed opzione di riscatto anticipato: un'altra figura di collegamento negoziale*, in *Giur. it.*, 2004, 739; V. Buonocore, *Contratti d'impresa e collegamento negoziale*, cit., 9 ss.

<sup>17</sup>Va detto che parte della dottrina civilistica esclude che nel contratto di leasing possa ravvisarsi un collegamento negoziale, creando così una demarcazione implicita con il nuovo istituto pubblicistico del contratto di disponibilità.

Le ragioni poste a sostegno di questa 'negazione' possono riassumersi dicendo che non è possibile rinvenire nel leasing i presupposti del collegamento negoziale consistenti nella intenzione delle parti di collegare i vari negozi in uno ad uno scopo comune ed in un nesso obiettivo tra i due contratti. Infatti, nel leasing non può dirsi che il fornitore si determini alla vendita in funzione della circostanza che il bene verrà concesso in *leasing* all'acquirente. Inoltre, se è vero che la Suprema Corte con la richiamata sentenza n. 1715/2006 soggiunge che la teoria del collegamento negoziale è avallata dal nesso di strumentalità tra i due atti, è anche

## il contratto di disponibilità

Accanto al leasing finanziario, la pratica conosce un leasing operativo, che si caratterizza per la presenza di due soli protagonisti della vicenda contrattuale, giacché è lo stesso produttore del bene che lo concede in locazione a fronte di un canone periodico.

Secondo la dottrina il leasing operativo, a differenza del leasing finanziario, non è un contratto atipico, non presentando i caratteri del finanziamento, ed è pertanto riconducibile, a seconda della prospettiva che si intende assumere, allo schema della locazione, dell'affitto, del noleggio.

Pertanto, dal punto di vista del canone, la diversa natura delle due forme di leasing produce importanti differenze, poiché nel leasing finanziario il pagamento del canone non costituisce solo il corrispettivo per la locazione del bene, ma comprende anche la remunerazione del soggetto finanziatore, mentre nel leasing operativo il canone non comprende tale ultima voce di costo<sup>18</sup>.

Proprio questa caratteristica dei canoni esclude, nel leasing operativo, la componente del finanziamento prevista nel leasing finanziario. Tuttavia, la casistica giurisprudenziale in materia di leasing operativo evidenzia che tale fattispecie atipica ha ad oggetto beni strumentali a rapida obsolescenza economica (quali ad es. i mezzi di trasporto, attrezzature informatiche, ecc.) destinati a soddisfare esigenze temporanee (di breve durata) dell'utilizzatore, il quale non vuole assumersi il rischio (e il costo) legato al rapido deterioramento di tali beni.

Nella prassi accade che il leasing finanziario abbia sovente la natura di leasing traslativo, mentre il leasing operativo ha più spesso la natura di leasing di godimento. Tuttavia, secondo certa dottrina: «anche il leasing operativo può assumere la forma traslativa, nel caso in cui il canone pagato dal conduttore comprenda una quota del prezzo di vendita del bene, da scontarsi al momento dell'esercizio dell'opzione di riscatto<sup>19</sup>».

vero che – in coerenza con le più recenti ricostruzioni della causa, cui pure abbiamo ritenuto di fare riferimento – la Suprema Corte ritiene che l'interprete debba rifarsi a singole clausole contrattuali apposte dalle parti, le quali potrebbero rilevare un intento comune dell'utilizzatore e dell'acquisto finale del bene a favore del concessionario utilizzatore. Pertanto, saremmo dinanzi ad una fattispecie unitaria cementata dall'unica causa concreta. *Amplius C. Di Nanni, Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. Dir. comm.*, 1977, 307; G. Ferrando, *Recenti orientamenti in tema di collegamento negoziale*, in *NGCC.*, 2, 1997, 237; G. De Nova, *Il contratto di leasing*, Milano, Giuffrè, 1985, 16 ss.; M. Imbrenda e F. Carimini, *Leasing e lease back*, in *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del Notariato* diretto da P. Perlingieri, Napoli ESI, 2008, *passim*.

<sup>18</sup> G. Fidone, *Dalla locazione finanziaria al contratto di disponibilità: l'evoluzione del contratto di leasing immobiliare pubblico*, in *Foro amm. TAR.* 3, 2012, 1041.

<sup>19</sup> G. Fidone, *Dalla locazione finanziaria al contratto di disponibilità*, cit., 1042.

Il contratto di disponibilità presuppone, invece, che il bene (si presume immobile) oggetto del contratto sia destinato a soddisfare esigenze che, se pure non permanenti, siano piuttosto durature nell'interesse della pubblica amministrazione.

#### 4. La locazione finanziaria nei contratti pubblici

Quanto al diritto amministrativo, la fattispecie del leasing finanziario per la realizzazione di lavori pubblici è stata recepita inizialmente con l'art. 1, c. 907 ss., l. 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria 2007); in seguito con il secondo correttivo al codice dei contratti, tali disposizioni sono state inserite nel codice dei contratti pubblici, all'art. 160-*bis*, che reca il titolo: locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità; successivamente è intervenuto un terzo correttivo – cioè il d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152 – che ha introdotto nel testo previgente alcune norme che ne hanno modificato la disciplina<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> P. De Lise, *Leasing. Aspetti pubblicistici*, in *Impresa, ambiente*, 1975, 708 ss.; V. Caianiello, *Prospettive del leasing pubblico: problemi di diritto amministrativo*, in *Riv. It. leasing*, 1985, 9 ss.; R. Clarizia, «Lease back» «leasing pubblico» «leasing immobiliare», in *Dir. banca e merc. fin.*, 1, 1988, 75; V. Caianiello e M. Erolì, s.v. *Leasing pubblico*, in *Enc. Dir. agg.* 2, Milano, Giuffrè, 1988, 75 ss.; A. Clarizia, *Leasing immobiliare pubblico: appalto di lavori o di servizi? Il problema delle varianti*, in *www.giustiziaamm.it*; R. Clarizia, *Contratti di leasing*, in *Trattato dei contratti*, III, *I contratti del mercato finanziario* a cura di E. Gabrielli e R. Lener, Milano, Utet giuridica, 2011; A. Di Amato, *Il leasing pubblico*, in *I contratti con la pubblica amministrazione* a cura di C. Franchini, Milano, Utet giuridica 2007; S. Fantini, *Il leasing immobiliare pubblico*, in *Codice dei Contratti pubblici*, a cura di R. Garofoli e G. Ferrari, Roma, nel Diritto editore, 2009; G. Fidone, *Il Leasing immobiliare pubblico*, in M. Clarich, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010; M. Greco, *Il leasing immobiliare quale nuovo sistema per la realizzazione di opere pubbliche: le disposizioni della finanziaria 2007 ed il rapporto con il codice dei contratti pubblici*, in *Appalti&Contratti*, 4, 2007; G.F. Maiellaro, *Profili e criticità operative del leasing immobiliare nella nuova disciplina del codice dei contratti pubblici*, *ivi*, 11, 2007; M. Nigro, *Il leasing pubblico ed il sistema di contabilità*, in *Azienditalia* 6, 2010, 421; L. Olivieri, *Il leasing come sistema di realizzazione delle opere pubbliche*, in *Appalti&Contratti* 3, 2007; M. G. Vivarelli, *L'attività negoziale della pubblica amministrazione: contratti ed accordi con i privati. Le nuove forme di partenariato tra il project financing ed il leasing finanziario*, in *Riv. Trim. degli appalti*, 2010. Più in generale ed anche per un rimando all'ulteriore bibliografia: V. Buonocore, *La locazione finanziaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da L. Mengoni e P. Schlesinger, Milano, Giuffrè, 2008, 307; G. Ferrarini e P. Barrucco, *La locazione finanziaria (leasing)*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Pietro Rescigno, Milano, Utet giuridica, 2008, 11 ss. Ci sia consentito anche un richiamo al recentissimo scritto di un Maestro del diritto romano, che seppure da un angolo prospettico particolare, la consuetudine, tratta del leasing finanziario: F. Gallo, *Consuetudine e nuovi contratti* Torino, Giappichelli, 2012, 124 ss.

## il contratto di disponibilità

Ai sensi dell'art 160-*bis*, la locazione finanziaria può essere utilizzata da tutti i committenti tenuti all'applicazione del d.lgs. aprile 2006, n. 163, al fine della realizzazione, acquisizione e completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità<sup>21</sup>. L'ipotesi tipica dell'art 160-*bis*, è quella in cui l'oggetto dell'operazione sia un bene immobile ancora da realizzare o comunque lavori da eseguire<sup>22</sup>.

Il terzo correttivo ha, peraltro, definitivamente posto fine alla disputa sulla riconducibilità del contratto di locazione finanziaria, alla fattispecie dell'appalto di lavori o dell'appalto di servizi. La nuova formulazione dell'art 160-*bis*, c. 1, infatti, prevede espressamente che tale contratto: «costituisce appalto pubblico di lavori, salvo che questi abbiano carattere accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto». Ne segue che, al contratto di leasing, dovranno essere applicate le disposizioni che regolano il contratto di appalto di lavori.

Ancora, l'art 160-*bis*, c. 2, statuisce che il bando per la scelta della so-

<sup>21</sup> Ai sensi dell'art. 3 del cd. Codice dei contratti pubblici, la locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità è il contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori.

Un importante contributo scientifico alla decodificazione dell'istituto, così si esprimeva: «In altri termini, si può dire che la qualifica di pubblica – mera denominazione, come tale fungibile, potendosi parlare per non isterilirsi in questioni terminologiche di sottoposizione dal contratto di leasing ad un regime particolare – consegue solo alla partecipazione al contratto, in veste di utilizzatore, di un soggetto pubblico che dovrà osservare regole particolari, come le norme che disciplinano la proprietà pubblica ed una particolare procedura per l'impresa di leasing concedente.

Per essere ancora più chiari:

1) quello che noi chiamiamo per convenzione leasing pubblico è il leasing cui lo Stato o l'ente pubblico partecipa in veste di locatore – utilizzatore, non essendo in linea di principio ammissibile il leasing in cui Stato ed ente pubblico territoriale partecipi in veste di locatore – concedente;

2) lo Stato o l'ente pubblico dovranno porre in essere solo le procedure previste dal codice dei lavori pubblici per la scelta dell'impresa di leasing;

3) dovranno essere osservate le disposizioni che hanno ad oggetto la disciplina dei beni appartenenti allo Stato o ad enti pubblici territoriali, nel senso che la stipulazione del contratto di leasing sia consentita dalla natura del bene dedotto come oggetto del contratto stesso e dalla funzione cui il bene è destinato». V. Buonocore, *La locazione finanziaria*, cit., 315 ss.

<sup>22</sup> Ciò pone problemi di coordinamento con il d.lgs. 20 giugno 2005, n. 112: “Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della legge 2 agosto 2004, n. 210”, che, infatti all'art. 1, tra i soggetti acquirenti menziona anche coloro che abbiano contratto con società di leasing. *Amplius*: G. Petrelli, *Il contenuto minimo dei contratti aventi ad oggetto immobili da costruire*, in *Riv. dir. civ.*, 2, 2006, *passim*; R. Triola, *Vendita di immobili da costruire e tutela dell'acquirente dopo il d. lgs 20 giugno 2005*, Milano, Giuffrè, 2005;

cietà di leasing deve determinare i requisiti soggettivi, funzionali, economici, tecnico-realizzativi ed organizzativi di partecipazione, le caratteristiche tecniche ed estetiche dell'opera, i costi, i tempi, le garanzie dell'operazione, nonché i parametri di valutazione tecnica ed economico finanziaria dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il c. 3 prevede che il soggetto offerente possa essere anche un'associazione temporanea costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore, che siano responsabili ciascuno della specifica obbligazione assunta. In tale caso, nell'eventualità di fallimento, inadempimento o sopravvenienza impeditiva all'adempimento da parte di uno dei soggetti costituenti l'associazione temporanea di imprese, l'altro può sostituirlo, con il consenso del committente, con altro soggetto avente medesime caratteristiche e requisiti.

Il c. 4-*bis*, introdotto dal terzo correttivo, prevede che il soggetto finanziatore che stipula il contratto di locazione finanziaria debba essere autorizzato ai sensi del d.lgs. n. 385/1993, cioè il testo unico delle leggi in materia finanziaria e creditizia, e che debba dimostrare alla stazione appaltante, che disporrà dei mezzi necessari ad eseguire l'appalto, anche eventualmente avvalendosi della capacità di altri soggetti.

Il c. 4-*ter*, prevede che a base di gara debba essere posto un progetto almeno di livello preliminare, restando a carico dell'aggiudicatario predisporre gli ulteriori livelli di progettazione.

È ancora controverso, in mancanza di una disposizione specifica, se nella locazione finanziaria di cui all'art. 160-*bis*, l'opera oggetto del contratto debba essere di proprietà privata, sino all'esercizio dell'opzione di riscatto ovvero possa essere anche pubblica.

La disciplina vigente, infatti, prevede che la locazione finanziaria di opere pubbliche possa essere utilizzata per la realizzazione, l'acquisizione ed il completamento di «opere pubbliche o di pubblica utilità» e, a seguito della riforma del terzo correttivo del 2008, è stato infine previsto che l'opera può essere realizzata su area nella disponibilità dell'aggiudicatario.

L'opinione prevalente<sup>23</sup> ritiene che se l'opera fosse già di proprietà dell'amministrazione, sarebbe incomprensibile la stipula della locazione ed il pagamento dei canoni della stessa.

In senso contrario, è stato ritenuto<sup>24</sup> che il contratto di locazione finanziaria possa avere ad oggetto un bene immobile di proprietà dell'ammi-

<sup>23</sup> C. conti, sez. contr. Lombardia, 21 dicembre 2009, n. 1139.

<sup>24</sup> Ampi riferimenti sul punto in A. Botto, *Il leasing in costruendo nella «giurisprudenza» dell'autorità di vigilanza e nell'evoluzione normativa*, in *Leasing in costruendo*, a cura di D. Crocco, L.E. Mandracchia e G. Rusconi, Milano, Utet giuridica, 2009.

## il contratto di disponibilità

nistrazione, ma con cessione di diritto di superficie al privato. Infatti, il testo dell'art 160-*bis*, c. 4-*quater*, statuisce che l'opera può essere realizzata su area nella disponibilità dell'aggiudicatario. In tal caso, la stazione appaltante dovrebbe costruire, a favore della società di leasing, il diritto di superficie sull'area di proprietà pubblica, di durata superiore a quello di leasing. Infatti, se l'opera fosse realizzata sul suolo di proprietà della pubblica amministrazione alla scadenza del diritto reale di superficie, essa rientrerebbe comunque nella piena proprietà dell'opera, alla scadenza del diritto reale di superficie. Pertanto, si è ipotizzato di prevedere la durata del diritto richiamato in misura considerevolmente più lunga rispetto a quella del contratto di locazione finanziaria, in questo modo, alla scadenza del contratto di leasing, il bene conserverebbe un apprezzabile valore di mercato che porterebbe la pubblica amministrazione ad esercitare l'opzione di riscatto.

Anche nel caso della locazione finanziaria di opere pubbliche il problema centrale è quello di stabilire se possa essere espletata una sola gara per la scelta della società di leasing, o se debba essere scelto dalla pubblica amministrazione, attraverso un'ulteriore gara, anche il soggetto che realizzerà il lavoro. La soluzione di tale problema risulta connessa a filo doppio con l'ulteriore problema concernente l'individuazione dei rapporti contrattuali che in una siffatta situazione si verrebbero a creare in capo all'amministrazione: se cioè si instaurino due distinti rapporti contrattuali (con la società di leasing e con il soggetto realizzatore) ovvero se ne instauri uno solo con la società di leasing<sup>25</sup>.

Il punto è stato oggetto della recente presa di posizione dell'AVCP, nella determinazione n. 4/2013, che infatti ha ritenuto che l'interpretazione sistematica degli indici normativi deponga a favore della ricostruzione in termini unitari del *leasing* pubblico.

<sup>25</sup> G. Fidone, *Dalla locazione finanziaria al contratto di disponibilità*, cit., 1050. La determinazione n. 4 del 2013 dell'AVCP richiama, *per tabulas* la giurisprudenza della Corte dei Conti: "Va ancora precisato che i contratti di leasing possono avere una differente struttura potendo prevalere l'aspetto finanziario o quello operativo. Nel leasing finanziario la componente di erogazione di credito prevale sulla fornitura di un servizio o messa a disposizione di un bene e pertanto questi contratti possono risolversi in forme alternative di finanziamento per la realizzazione di opere pubbliche attraverso il partenariato pubblico-privato. Con il leasing finanziario, se usato propriamente, la parte prevalente dei rischi (controllo dei lavori, ecc.) e dei benefici inerenti ai beni che costituiscono l'oggetto dell'investimento dovrebbero restare a carico dell'ente pubblico, per cui viene in maggior rilievo l'aspetto finanziario dell'operazione. Viceversa, nel caso in cui i rischi restino a carico della società di leasing (leasing operativo) assume preminenza la messa a disposizione dell'ente pubblico di un bene da questo utilizzabile, cioè il contratto è essenzialmente operativo" (deliberazione C. conti, sez. riunite in sede di controllo, il 16 settembre 2011, n. 49).

L'Authority ritiene che, in tal senso, milita l'analisi dell'elemento funzionale del contratto, giacché l'art. 3, c. 15-bis, del Codice qualifica, infatti, la locazione finanziaria come contratto di partenariato pubblico-privato, definendola come contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori.

Lo stesso art. 160-bis del Codice qualifica la locazione finanziaria come appalto di lavori; ove, invece, i lavori abbiano carattere meramente accessorio, l'oggetto principale del contratto sarà costituito dai servizi finanziari. La mera accessorialità dei lavori rispetto ai servizi appare, peraltro, come un'ipotesi residuale e, escluso il caso della realizzazione ex novo dell'opera, potrebbe astrattamente concernere soltanto il caso del completamento di un'opera già esistente.

Ancora, si osserva che, a fronte di una unica gara, la stipulazione di due diversi contratti – che deriverebbe dall'accoglimento della tesi del collegamento negoziale – creerebbe inevitabili difficoltà gestionali di rapporti tra l'ente pubblico ed i contraenti finendo per indebolire la cointeressenza dei medesimi sul risultato finale e determinando una parcellizzazione delle situazioni giuridiche e, di conseguenza, degli interessi in gioco.

In sostanza, l'Authority si richiama sia all'elemento sostanziale dell'unicità o pluralità di interesse perseguiti, sia all'ulteriore profilo dell'unitarietà della procedura di gara da utilizzare e dell'unico contratto stipulato con la stazione appaltante al termine della procedura di selezione del concorrente, così come previsto dall'art. 160-bis del Codice.

Tale tesi non ci convince appieno<sup>26</sup>, innanzitutto perché aderendo alla recente giurisprudenza della Cassazione, nella sua massima composizione, che postula come accolta la teoria della causa in concerto, ci è parso di individuare un collegamento negoziale funzionale tra una causa di finanziamento immanente al contratto di leasing, dalla quale non pare potersi pre-

<sup>26</sup> In questo senso: V. Buonocore, *La locazione finanziaria*, cit., 319 ss., a parere del quale: «Se è vero che i due rapporti – quello vero e proprio di locazione finanziaria che intercorre tra la società di leasing e l'utilizzatore e quello vero e proprio di erogazione che intercorre tra ente pubblico erogatore del beneficio a favore del beneficiario tramite la società di leasing – restano distinti, è anche vero – così sembra a chi scrive – che mai come in questo caso non si possa negare che i due rapporti realizzano un disegno unitario e che, di conseguenza, tra i due rapporti intercorra una chiara ipotesi di collegamento negoziale: senza l'erogazione del beneficio, il contratto di leasing non avrebbe, infatti, ragion d'essere e non potrebbe esplicare la sua funzione. Se, in altri termini, la soluzione del collegamento negoziale è quella oggi prevalente in giurisprudenza per la locazione finanziaria *tout court*, avendo sostituito la tesi che sosteneva la trilateralità di tale rapporto, a maggior ragione essa può essere postulata per il leasing agevolato, essendo anzi l'unica idonea a spiegare l'intera operazione».



## il contratto di disponibilità

scindere, e la qualificazione espressa *per tabulas* dal Codice dei contratti pubblici del leasing pubblico come appalto di lavori.

In secondo luogo, perché ricorrendo alla locazione finanziaria, l'ente pubblico riceve la prestazione di un mero servizio finanziario e deve, in ogni caso, necessariamente svolgere due gare, cioè quella per la scelta dell'intermediario finanziario concedente ed, imprescindibilmente, un'altra per l'aggiudicazione dell'appalto, per la realizzazione dell'appalto dei lavori; solo in questo modo non si avrà alcuna elusione dell'obbligo di ricorrere alla figura dell'appalto, perché nonostante il fatto che committente sia la società concedente, potrà, ai sensi del codice degli appalti pubblici, essere nominato un responsabile del procedimento, permettendo così all'ente pubblico di mantenere il costante controllo pubblico sull'esecuzione dell'opera.

### 5. La disciplina giuridica del contratto di disponibilità

Quanto detto nei paragrafi introduttivi sull'ampia autonomia attribuita ai contraenti del contratto di disponibilità in sede di definizione della funzione economico-sociale sottesa all'operazione negoziale, diventa rilevante anche in merito alla seconda considerazione di cui si è detto in precedenza, ovvero l'individuazione della disciplina applicabile.

Analizzando il profilo della disciplina giuridica di questo schema negoziale, è agevole osservare che l'art. 160-ter si limita a regolamentare la fase dell'evidenza pubblica che necessariamente deve precedere la stipula del contratto (art. 160-ter, c. 3 e 4) ed alcuni profili che attengono la fase della progettazione, costruzione e collaudo dell'opera<sup>27</sup> (art. 160-ter, c. 5 e 6).

<sup>27</sup> Il collaudo dell'opera rappresenta un aspetto di particolare importanza della disciplina in esame sia per il carattere di dettaglio di essa, sia per le conseguenze che ne discendono in caso di esito negativo di questo potere di controllo della stazione appaltante.

L'amministrazione a seguito del collaudo, laddove verifichi che non sono state rispettate le indicazioni tecniche e funzionali del capitolato, e che non sia possibile tecnicamente realizzare modifiche e varianti, può disporre la riduzione del canone. Il contratto, per l'eventualità in esame, indicherà, a tutela degli enti finanziatori, il limite massimo della riduzione del predetto canone. Per cui se, come detto, il soggetto pubblico, l'amministrazione aggiudicatrice assume in questa forma di partenariato un ruolo minore rispetto alle analoghe figure regimentate dal d.lgs. n. 163/2006, è evidente che l'attività di collaudo, che deve essere esercitata ex post, si differenzia da quelle conosciute che assumono prevalente natura tecnica, per assumere, invece, un ruolo più incisivo e discrezionale nei confronti dell'affidatario dei lavori. F. Tufarelli, *Il contratto di disponibilità*, cit., 606; L. Miconi, *Contratto di disponibilità: l'affidamento con l'offerta economicamente più vantaggiosa e la determinazione della soglia di risoluzione del contratto*, in *Appalti&Contratti*, 4, 2012, 13 ss.

Ne consegue che, a prescindere dagli elementi tipizzati dal legislatore, i principi elaborati dalla giurisprudenza della Cassazione in tema di collegamento negoziale tornano utili ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile in sede di attuazione del rapporto.

Infatti, si potrebbe ricorrere al "criterio della prevalenza" quando uno degli elementi tipici del contratto è prevalente e, quindi, assorbente rispetto agli altri, oppure diversamente al "criterio della combinazione" quando nessuna delle cause tipizzate dal legislatore ha nell'intento dei contraenti il carattere della prevalenza.

In altri termini, il contratto di disponibilità può rappresentare una possibile ipotesi di collegamento negoziale, con cui le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso attraverso il coordinamento dei vari negozi, ciascuno dei quali, pur conservando una causa autonoma, è finalizzato ad un unico regolamento di interessi. Quando l'interprete accerta, in concreto, l'esistenza di un collegamento negoziale, sul piano della disciplina, il vincolo di reciproca dipendenza tra i negozi non può essere considerato irrilevante (così, ad esempio, le vicende relative all'invalidità, all'inefficacia o alla risoluzione dell'uno possono ripercuotersi sugli altri).

Analizzata la possibile poliedricità della causa giuridica che connota lo schema negoziale del contratto di disponibilità, si deve tenere conto di essa anche ai fini dell'esame dei quesiti che attengono al tema della contabilità pubblica.

In quest'ottica, senz'altro, i contratti ascrivibili alla categoria dei negozi di PPP sono caratterizzati dall'elemento del "finanziamento" dell'opera da parte di un soggetto privato, anche se, con riguardo alla situazione spesso disestata dei comuni ed enti pubblici che potrebbero fare ricorso allo strumentario in esame, si deve affrontare il conseguente problema se detto finanziamento possa prescindere da un indebitamento del soggetto pubblico che fruisce dell'opera.

In altri termini, occorre affrontare la questione se la spesa inerente all'infrastruttura (c.d. *asset*) realizzata in esecuzione di un contratto di disponibilità possa essere considerata fuori dal bilancio dell'ente (*off balance*) e, quindi, dal debito pubblico<sup>28</sup>. In questo aspetto sono chiari gli elementi di

<sup>28</sup> È del 27 marzo 2009 la circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri che ha attuato la decisione Eurostat 11 febbraio 2004; tale circolare in dettaglio illustra in quale modo sia possibile contabilizzare fuori bilancio le operazioni di partenariato pubblico-privato. «Fra le caratteristiche principali che le predette operazioni devono possedere, rilevano la durata di lungo periodo del rapporto contrattuale tra pubblico e privato; la necessità che il contratto abbia ad oggetto la costruzione di una nuova infrastruttura o la ristrutturazione di una esistente per fornire servizi predefiniti; la necessità che l'acquirente principale dei ser-

## il contratto di disponibilità

vicinanza con le opere fredde della finanza di progetto e con la locazione finanziaria dianzi descritta, rispetto alle quali, tuttavia, sono da registrare semplificazioni non secondarie sul piano delle procedure di selezione dei contraenti e dei documenti a base della gara, cioè il cd. capitolato prestazionale.

In particolare, la questione va affrontata valorizzando il profilo sistematico della collocazione del contratto di disponibilità tra quelli di partenariato pubblico-privato e, quindi, del suo assoggettamento alle decisioni Eurostat<sup>29</sup>. Da tale inquadramento di carattere sistematico discende che l'interprete del caso concreto deve valorizzare il profilo dell'allocazione dei rischi tra il soggetto pubblico e quello privato «ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti».

Infatti, condizione fondamentale è la valutazione dei rischi oggetto del trasferimento contrattuale, cioè di quei rischi che in comparazione del contratto tradizionale di appalto, con finanziamento mediante mutuo, sarebbero posti in capo all'amministrazione appaltante, laddove nei contratti di PPP, cioè nei contratti alternativi, sono posti in capo all'altro contraente. «La diversa allocazione di questi deve essere stimata economicamente al fine di stimare il *Value for money*, ovvero quel valore economico che rende concreto il vantaggio di una soluzione in luogo di un'altra. Si tratta almeno dei seguenti rischi: a) rischio di progettazione e di costruzione (*build risk*), B) rischio di ritardo nei lavori (*timing risk*) c) rischio di mercato (*market risk*)<sup>30</sup>».

In proposito, il c. 2, del nuovo art. 160-ter del codice dei contratti pubblici, detta una regola fondamentale del contratto in esame.

La norma stabilisce che l'affidatario assume il rischio della costruzione e della successiva gestione tecnica dell'opera per il periodo della messa a disposizione dell'amministrazione aggiudicatrice. Infatti, per l'effetto del trasferimento del rischio a carico dell'assegnatario, nonché dell'assenza dell'obbligo di riscatto, l'operazione è esclusa dal novero dell'indebitamento pubblico, come in particolare si ricava dalla recente giurisprudenza della Corte dei Conti, sezione Lombardia<sup>31</sup>, e dalla circolare del Ministero dell'economia e finanza n. 5 del 2012.

vizi sia una pubblica amministrazione anche quando il servizio stesso sia destinato a terzi». F. Tufarelli, *Il contratto di disponibilità*, cit., 605; si veda C. conti, sez. contr. Puglia, 31 maggio 2012 n. 66.

<sup>29</sup> C. conti, sez. contr. Puglia, n. 66/2012.

<sup>30</sup> B. Bosetti, *Il partenariato pubblico-privato contrattuale, project financing, contratto di disponibilità, leasing immobiliare e sponsorizzazione*, in *Appalti&Contratti* 6, 2012, 9 ss. Questo autore analizza e riproduce documenti dell'AVCP e dell'unità tecnica finanza di progetto del CIPE, *Analisi delle tecniche di valutazione per la scelta del modello di realizzazione dell'intervento*.

<sup>31</sup> C. conti, sez. contr. Lombardia, del 23 ottobre 2012 n. 82.

Ai sensi dei richiamati interventi se ne desume l'ulteriore conseguenza che il nuovo strumento finanziario non è soggetto alla drastica limitazione del ricorso all'indebitamento previsto per gli enti locali dall'art 8, c. 1, della legge di stabilità 2012 (l. 12 novembre 2012, n. 183), il quale modifica il cd. t.u. degli enti locali, il d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, all'art. 204 e dispone che gli enti locali possano assumere nuovi prestiti solo se l'importo annuale degli interessi sommato a quello dei prestiti già assunti non superi l'8% delle entrate correnti per l'anno 2012, il 6% per l'anno 2013 ed il 4% a decorrere dal 2014<sup>32</sup>.

Il contratto in oggetto va assegnato, come anticipato, in virtù di alcune peculiarità e cioè mediante bando di gara pubblicato con le modalità previste dall'art. 66, oppure dall'art. 122, del Codice dei contratti secondo l'importo del contratto e ponendo a base di gara un capitolato prestazionale predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice<sup>33</sup>, che indichi in dettaglio, le caratteristiche tecniche e funzionali che l'opera deve assicurare.

Alla stregua della Decisione Eurostat citata, i beni (*assets*) oggetto delle operazioni di Partenariato Pubblico Privato non devono essere registrati nei conti delle Pubbliche Amministrazioni, ai fini del calcolo dell'indebitamento netto e del debito, solo se c'è un sostanziale trasferimento di rischio dalla parte pubblica alla parte privata<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> M. Pollini, *Il contratto di disponibilità*, in *Azienditalia* 6, 2012, 462 ss.; Id., *Il contratto di disponibilità nella interpretazione della magistratura contabile*, in *Azienditalia*, 3, 2013, 227 ss.; V. Giannotti, *Il contratto di disponibilità*, in *Informator*, 1, 2013, 29 ss.

<sup>33</sup> Ai sensi dell'art. 66, ovvero 122 del codice dei contratti pubblici, a base di gara è predisposto un capitolato prestazionale, dall'amministrazione aggiudicatrice, che indica nel dettaglio «le caratteristiche tecniche e funzionali che deve assicurare l'opera costruita» e «le modalità per determinare la riduzione del canone di disponibilità» nei limiti di cui al comma 6. Inoltre, ai sensi della stessa norma, il bando deve indicare i criteri, secondo l'ordine di importanza loro attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse offerte, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In risposta a tale bando di gara, i concorrenti sono tenuti alla presentazione di offerte contenenti il progetto preliminare dell'opera da realizzarsi, in conformità alla caratteristiche indicate nel capitolato prestazionale.

<sup>34</sup> L'Eurostat, in sede di elaborazione della terza versione del SEC 95 sul disavanzo e sul debito pubblico (pubblicata ad ottobre 2010), ha approfondito questi ulteriori criteri per la valutazione del «riparto dei rischi tra i contraenti», precisando che quando sono presenti questi elementi accessori va effettuata una valutazione congiunta degli stessi.

Con riferimento al finanziamento pubblico, vanno prese in considerazione tutte le forme di contribuzione pubblica (partecipazione al capitale sociale, conferimento di capitale di debito o contributi diretti in conto capitale). L'Eurostat ha, altresì, aggiunto che a prescindere dalla forma di contribuzione pubblica prescelta se il costo dell'investimento è *prevalentemente* coperto dall'amministrazione ciò significa che la maggior parte dei rischi grava sul

## il contratto di disponibilità

Ciò avviene nel caso in cui si verificano contemporaneamente le seguenti due condizioni<sup>35</sup>:

- 1) il soggetto privato assume il rischio di costruzione;
- 2) il soggetto privato assume almeno uno dei due rischi: di disponibilità o di domanda.

In proposito<sup>36</sup>, il rischio costruzione (*construction risk*) interessa gli «eventi connessi alla fase progettuale e di realizzazione dell'infrastruttura quali, ad esempio, ritardata consegna, mancato rispetto di standard predeterminati, costi aggiuntivi di importo rilevante, deficienze tecniche, esternalità negative, compreso il rischio ambientale. L'assunzione del rischio da parte del privato implica che non siano ammessi pagamenti pubblici non correlati alle condizioni prestabilite per la costruzione dell'opera.

settore pubblico (inoltre, in presenza di un incremento del livello di finanziamento pubblico in corso d'opera, non è escluso che non si debba procedere ad una riclassificazione *on balance* dell'*asset*).

In relazione al rilascio di garanzie pubbliche, se queste assicurano una integrale copertura del debito o un rendimento certo del capitale investito dal soggetto privato, il nuovo SEC 95 precisa che il loro rilascio può comportare l'iscrizione o la riclassificazione dell'*asset on balance*. Anche in questo caso vale il criterio della prevalenza, ovvero, se le garanzie coprono più del 50 per cento del costo dell'opera, essa andrà contabilizzata *on balance*. L'Eurostat precisa, però, che ai fini di una corretta valutazione dell'allocazione dei rischi, la presenza di garanzie pubbliche e la prevalenza del contributo pubblico (in tutte le sue forme) dovranno essere valutate congiuntamente.

Con riferimento alla presenza di “clausole fine contratto” nel regolamento negoziale, poi, la scelta di contabilizzazione *on balance* dell'infrastruttura sarà necessariamente condizionata dai seguenti fattori: 1) la pattuizione di un prezzo fisso che l'amministrazione dovrà pagare alla scadenza del contratto e che non rispecchia il valore di mercato dell'*asset*; 2) la previsione di un prezzo di riscatto più alto del valore economico atteso; 3) la previsione di un prezzo più basso del valore economico atteso perché l'amministrazione ha già pagato in precedenza per l'acquisizione dell'*asset*.

In conclusione, spetterà all'interprete del caso concreto valutare se la spesa inerente all'infrastruttura (c.d. *asset*) realizzata in esecuzione di un contratto di disponibilità possa essere considerata fuori dal bilancio dell'ente (*off balance*) e, quindi, dal debito pubblico. L'interprete dovrà compiere la valutazione *de qua* applicando il criterio del “riparto dei rischi” tra soggetto pubblico e soggetto privato secondo le indicazioni di Eurostat predette.

<sup>35</sup> Si tratta di rilevi espressi, con acume, nel parere della Corte dei Conti, Sezione di Controllo, Lombardia, C. conti, sez. contr. Lombardia, n. 82/2012. Su di esso: M. Pollini, *Il contratto di disponibilità nella interpretazione della magistratura contabile*, cit., 230; V. Giannotti, *Il contratto di disponibilità in Informator*, 1, 2013, 29 ss.

<sup>36</sup> Nella circolare del Consiglio di Presidenza del 27 marzo 2009, recante “Criteri per la comunicazione di informazioni relative al partenariato pubblico-privato ai sensi dell'articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248 convertito, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1 della legge 28 febbraio 2008, n. 31”.

L'eventualità che il soggetto pubblico corrisponda quanto stabilito nel contratto indipendentemente dalla verifica dello stato di avanzamento effettivo della realizzazione dell'infrastruttura o ripiani ogni costo aggiuntivo emerso, quale ne sia la causa, comporta, invece, l'assunzione del rischio costruzione da parte del soggetto pubblico».

Definito il rischio che necessariamente deve essere presente in ogni contratto di PPP, l'ulteriore rischio che deve gravare sul soggetto privato e da cui non si può prescindere affinché l'operazione non venga registrata ai fini dell'indebitamento pubblico, muta a seconda dell'opera che deve essere realizzata mediante lo strumento di PPP.

In particolare, il rischio disponibilità (*availability risk*) «attiene alla fase operativa ed è connesso ad una scadente o insufficiente gestione dell'opera pubblica, a seguito della quale la quantità e/o la qualità del servizio reso risultano inferiori ai livelli previsti nell'accordo contrattuale. Tale rischio si può ritenere in capo al privato se i pagamenti pubblici sono correlati all'effettivo ottenimento del servizio reso – così come pattuito nel disposto contrattuale – e il soggetto pubblico ha il diritto di ridurre i propri pagamenti, nel caso in cui i parametri prestabiliti di prestazione (sia per quanto riguarda la disponibilità dell'infrastruttura, sia per quanto riguarda i servizi erogati) non vengano raggiunti. La previsione di pagamenti costanti, indipendentemente dal volume e dalla qualità di servizi erogati, implica, viceversa, una assunzione del rischio disponibilità da parte del soggetto pubblico».

Così la circolare in esame che, a titolo esemplificativo, aggiunge che «nel caso di realizzazione di Uffici pubblici, Tribunali, Istituti penitenziari, etc., ad uso esclusivo della PA, in cui al privato che progetta, realizza e gestisce l'infrastruttura viene corrisposto un canone per la disponibilità in piena efficienza della struttura stessa e per la gestione dei servizi correlati (ordinaria e straordinaria manutenzione, guardiania, gestione delle reti, gestione archivi, pulizia, gestione parcheggio, etc.), il rischio di disponibilità si può considerare trasferito al privato qualora contrattualmente sia prevista l'applicazione automatica di penali che incidono sul canone corrisposto dal soggetto pubblico sia nel caso di indisponibilità completa o parziale della struttura, sia di erogazione di servizi non corrispondenti agli standard contrattuali».

Il rischio domanda (anche detto *risk on demand*), invece, «è connesso alla variabilità della domanda non dipendente dalla qualità del servizio prestato; ci si riferisce a quello che può definirsi normale rischio economico assunto da un'azienda in un'economia di mercato».

Il rischio *de quo* si considera assunto dal soggetto privato nel caso in cui i pagamenti pubblici sono correlati all'effettiva quantità domandata per

## il contratto di disponibilità

quel servizio dall'utenza. Il rischio di domanda, viceversa, si considera allocato al soggetto pubblico nel caso di pagamenti garantiti anche per prestazioni non erogate. In altre parole, si presume che il soggetto pubblico assuma il rischio domanda laddove sia obbligato ad assicurare un determinato livello di pagamenti al partner privato indipendentemente dall'effettivo livello di domanda espressa dall'utente finale, rendendo così irrilevanti le fluttuazioni del livello di domanda rispetto alla redditività dell'operazione per il privato.

Anche con riferimento a questa tipologia di rischio la circolare del 2009 aggiunge, a titolo esemplificativo, che «nel caso di realizzazione di strade non pedaggiate in cui al privato, che progetta, costruisce e gestisce l'infrastruttura, vengono corrisposti pagamenti pubblici (tariffe ombra) in funzione del passaggio degli autoveicoli, il rischio domanda può considerarsi trasferito al privato nel caso in cui detti pagamenti siano correlati agli effettivi passaggi degli autoveicoli, rilevati elettronicamente».

Pertanto, affinché l'infrastruttura non incida sul debito pubblico, in quanto investimento, occorre che la stessa venga realizzata spostando sul privato il cd. rischio di costruzione ed uno almeno, tra il rischio di disponibilità ed il rischio domanda<sup>37</sup>.

Per ciò che concerne il rischio di costruzione, la prassi dimostra che esso è generalmente trasferito in capo al privato anche nel caso di appalto finanziato dalla Cassa depositi e prestiti, ciò accade tanto più, giocoforza, in caso di PPP, dove il cd. *construction risk* è integrato dalla progettazione a cura del privato; il rischio domanda, invece, è caratteristico di infrastrutture che generano un flusso di cassa da parte di un numero imprecisato di utenti che pagano un prezzo od una tariffa di utilizzazione, quali autostrade, parcheggi, musei, case di riposo (cioè il cd. PFI caldo); nei casi di partenariati diretti a costruire opere fredde, cioè di leasing e di contratto di disponibilità il rischio di domanda è ontologicamente insussistente.

Da quanto anticipato ne segue che è, pertanto, necessario che ricada sul privato il rischio di disponibilità, affinché l'operazione sia contabilizzata fuori bilancio.

È richiesto che i pagamenti pubblici, ovvero i canoni di utilizzazione e di disponibilità, siano correlati all'effettivo grado di disponibilità dei beni messi a disposizione dal privato, al loro volume ed a qualità predeterminate, corredate da garanzie contrattuali e da penali per inadempimenti. In altri termini: «il canone, da versare soltanto in corrispondenza alla effettiva disponibilità dell'opera, deve poter essere proporzionalmente ridotto o annullato».

<sup>37</sup> In questo senso, B. Bosetti, *Il partenariato pubblico privato contrattuale*, cit., 12 ss.

lato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità della stessa per manutenzione, vizio o qualsiasi motivo non rientrante tra i rischi a carico dell'amministrazione aggiudicatrice<sup>38</sup>».

Come ha osservato la Sezione di controllo della Corte dei conti per la regione Puglia<sup>39</sup>, «nei casi in cui l'analisi dell'allocatione dei rischi, così come sopra definiti, possa portare a non chiare conclusioni, l'Eurostat consiglia di prendere in considerazione anche ulteriori criteri per classificare gli *assets*, quali: la concessione di finanziamenti pubblici, compresi quelli "in natura"; l'eventuale esistenza di garanzie fornite dalla Pubblica Amministrazione sul finanziamento; l'esistenza di clausole relative alla rescissione del contratto di PPP, che prevedano il pagamento di un indennizzo da parte dell'Amministrazione; l'allocatione finale degli *assets* alla luce delle clausole di fine contratto (c.d. *termination clauses*)» (C. conti, sez. contr. Puglia, 31 maggio 2012, n. 66).

Questa valutazione secondo i criteri propri della contabilità pubblica, ad ogni buon conto, deve tenere in considerazione il fatto che il contratto di disponibilità in concreto può strutturarsi come un'ipotesi di collegamento negoziale che, in quanto tale, impone all'interprete di effettuare una valutazione complessiva di tutte le attribuzioni patrimoniali tra loro collegate e che entrano a far parte del sinallagma contrattuale a prescindere dal fatto che l'operazione complessiva sia "regolamentata" in unico documento o sia frutto di pattuizioni intervenute anche in fasi temporali successive.

Proprio in quest'ottica, i tipici rischi di impresa che gravano sul soggetto privato che realizza l'opera (ovvero, il rischio di costruzione e di gestione dell'opera medesima nell'ottica di metterla a disposizione della amministrazione pubblica), devono essere valutati anche nella logica "civilitica" del sinallagma contrattuale che caratterizza i contratti commutativi, verificando la misura con cui il rischio di impresa trova un suo bilanciamento in un incremento del corrispettivo per l'utilizzo dell'opera da parte dell'Amministrazione. In questo senso, poiché l'art. 160-ter non indica i parametri alla stregua dei quali dovrebbe essere quantificato il canone di disponibilità, l'interprete (sulla falsariga dei criteri elaborati da Eurostat) dovrà accertare che in concreto l'entità del canone non sia tale da coprire anche i costi del finanziamento.

Proprio in merito a quest'ultima considerazione, occorre sottolineare che l'interprete del caso concreto nel compiere le sue valutazioni sulla ripartizione dei rischi tra soggetto privato e amministrazione pubblica dovrà

<sup>38</sup> B. Bosetti, *Il partenariato pubblico privato contrattuale*, cit., 12 ss.

<sup>39</sup> C. conti, sez. contr. Puglia, n. 66/2012.



## il contratto di disponibilità

tenere conto, oltre che della “misura” del canone di disponibilità, anche di una pattuizione contrattuale tipizzata dall’art. 160-ter, c. 6, ovvero «il limite di riduzione del canone di disponibilità superato il quale il contratto è risolto». In particolare, il legislatore precisa che detto “limite” deve essere posto «anche a salvaguardia degli enti finanziatori», tuttavia, secondo la giurisprudenza indicata<sup>40</sup>, esso deve rappresentare la misura della retribuzione del rischio di impresa (inteso come di costruzione e di messa a disposizione), ma non deve anche coprire i costi di finanziamento dell’opera.

### 6. Considerazioni conclusive

In conclusione, ci pare di poter osservare che se la previsione del nuovo schema negoziale appare *prima facie* coerente con l’obiettivo del Legislatore di promuovere lo sviluppo e la crescita attraverso lo strumentario del finanziamento privato delle opere pubbliche, che rientra nella *ratio* dei contratti di partenariato pubblico privato, come la finanza di progetto o la locazione finanziaria o, nel caso delle grandi opere, il contraente generale, tuttavia, *melius res perpensa* il contratto di disponibilità è stato disciplinato senza tener conto dei legami con il leasing finanziario e del fatto che esso è, tutto sommato, assimilabile al leasing operativo<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> In ragione di ciò, la Corte dei Conti, sezione di controllo Lombardia, si è chiesta se i pagamenti dei canoni di disponibilità, al fine del calcolo per il rispetto degli Obiettivi del Patto di Stabilità Interno, vanno imputati al Titolo I della Parte Spesa (Spesa Corrente) del Bilancio di Previsione, Intervento 04 (Utilizzo di Beni di Terzi), oppure al Titolo II Parte Spesa (Spesa Investimenti) del Bilancio di Previsione, Intervento 04 (Utilizzo di Beni di Terzi).

L’ampia autonomia negoziale riconosciuta ai contraenti dall’art. 160 ter codice dei contratti impone cautele non solo per quanto sin qui si è detto in merito al profilo dell’indebitamento dell’ente locale, ma anche in sede di contabilizzazione secondo i binari della “spese per investimento” e “spesa corrente” che regolano la rendicontazione delle uscite finanziarie degli enti locali. Ne consegue, a giudizio della Corte, che solo nell’ipotesi in cui, applicando rigorosamente il criterio del riparto dei rischi tra soggetto pubblico e privato, il contratto di disponibilità non costituisca in concreto una forma di indebitamento è possibile escludere l’iscrizione in bilancio del canone di disponibilità quale spesa di investimento.

Diversamente, conclude la Corte, laddove in capo all’Amministrazione sia prevista la facoltà di riscatto (lettera c primo comma art. 160-ter), troveranno applicazione i principi espressi dalle Sezioni Riunite in sede di controllo nella deliberazione n. 49 del 16 settembre 2011.

<sup>41</sup> È stato osservato che il contratto di disponibilità potrebbe confondersi con il leasing operativo o di godimento, il quale ha ad oggetto la messa a disposizione del conduttore di un bene che di solito è nella disponibilità del locatore, il quale si obbliga a fornire altresì i servizi connessi alla perfetta efficienza del bene stesso dietro pagamento dei canoni, i quali

Tuttavia, tale pretesa equiparazione può ritenersi allo stato superata per la concorrenza di una serie di fattori, giacché il canone di disponibilità è soggetto a rivalutazione monetaria.

Inoltre, le differenze di disciplina rispetto ad altri modelli di PPP, come ad esempio il fatto che l'affidamento avvenga sulla base di un capitolato pre-stazionale e non di un documento progettuale, non appaiono giustificabili.

Altra osservazione è che «la scelta concreta del miglior modello contrattuale per una determinata operazione dovrebbe essere fondata su criteri oggettivi dell'intervento da realizzarsi come quelli del c.d. *best value money*, che pone a confronto le risultanze economico finanziarie derivanti dalla scelta di un modello contrattuale piuttosto che di un altro, e non scelte soggettive della pubblica amministrazione, come ad esempio le sue esigenze di contabilizzazione. Troppe volte si assiste alla scelta da parte delle amministrazioni di intraprendere un'operazione di PPP soltanto per poterla contabilizzare *off balance* e così aggirare i vincoli posti dal patto di stabilità, senza considerare il maggior costo complessivo della scelta effettuata<sup>42</sup>».

Resta, pertanto, per le Amministrazioni il nodo della valutazione degli aspetti tecnici complessi, soprattutto al fine di stabilire la convenienza del ricorso all'una piuttosto che all'altra figura. In proposito, alcuni punti fermi che ci sentiamo di poter condividere vanno centrati sulla necessità di salvaguardare la differenza legata alla struttura trilaterale della fattispecie di leasing finanziario, laddove il contratto di disponibilità non richiede la figura del terzo finanziatore. Viceversa per quanto concerne il leasing operativo, è noto come quest'ultimo, pur avendo struttura bilaterale, attenga per lo più a contratti aventi ad oggetto beni mobili. In ogni caso, è stato sottolineato<sup>43</sup> che un profilo differenziale tra il contratto di disponibilità ed il leasing finanziario è dato dalla componente gestionale delle prestazioni affidate al privato, che sarà necessariamente presente e caratterizzante nel contratto di disponibilità, mentre risulta puramente accessoria nel contratto di leasing.

Ancora (e in particolare dalle considerazioni dell'Authority, contenute nella determinazione 22 maggio 2013, n. 4), emerge una maggiore flessibilità nella strutturazione del contratto di disponibilità rispetto al leasing, che appare maggiormente ancorato ad uno schema rigido e prefissato.

diversamente dal leasing finanziario, non contengono alcuna porzione di prezzo, ma sono raggugliati al valore di utilizzazione del bene. C. Conti, sez. contr. Puglia, n. 66/2012.

<sup>42</sup> G. Fidone, *Dalla locazione finanziaria al contratto di disponibilità*, cit., 1070.

<sup>43</sup> Cfr. R. Cori e I. Paradisi, *Leasing-Disponibilità: confronto tra i due strumenti e nodi ancora aperti*, cit., 2 ss.

## **il contratto di disponibilità**

### *Abstract*

*The legal concept of “contract of availability” is brought back by the legislature in the more general category of “public private partnership contracts”.*

*The main innovation compared to other solutions partnership governed by the Code (for everyone, think about the project financing) is to be found in the prediction that the contract at issue, the Trustee assumes the risk of the building (including the design and development of the race) and the technical management of the work for the period of the provision of the contracting authority.*

*In this regard, some points that we would like to be able to share should be centered on the need to safeguard the difference related to the tripartite structure of the case of a finance lease, if the contract does not require the availability of the third figure lender. In any case, it was pointed out that a profile difference between the contract and the availability of finance lease is given by the management component of the services entrusted to the private sector, which will necessarily be present and characterizing the contract of availability, while it is purely ancillary to the lease contract.*



## COMMENTI

CONSIGLIO DI STATO, sez.VI, 30 ottobre 2012, n. 6014, C.O.N.I. Servizi S.p.A. c. Istituto Nazionale di Statistica e Ministero dell'economia e delle finanze

*Ricevere o meno trasferimenti diretti da parte dello Stato non rappresenta, di per sé, un autonomo criterio di classificazione delle unità istituzionali rientranti nell'elenco delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato. Per il corretto inquadramento del problema vengono in evidenza i consueti parametri già indicati, in particolare per ciò che concerne l'esistenza del controllo da parte di organi dello Stato.*

*Per la valenza pubblicistica dell'attività svolta, per la natura pubblica dei finanziamenti del CONI, per la somma dei poteri di ingerenza della parte pubblica che si esplicano normalmente attraverso atti di riconoscimento, di indirizzo, di controllo dei bilanci, della gestione, dell'attività sportiva, l'attività del Coni si inserisce a pieno titolo nell'ambito dell'azione pubblica. Tale configurazione non risulta venuta meno neppure a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 138/2002, in quanto l'art. 8, che, come si è detto, ha disposto il riassetto del CONI istituendo la CONI Servizi s.p.a., non ha eliso né le finalità pubbliche perseguite né il carattere pubblico delle risorse impiegate al tal fine.*

BENEDETTA VIVARELLI

### LA NATURA GIURIDICA DI C.O.N.I. SERVIZI S.P.A.: PROFILI ORGANIZZATIVI, FUNZIONALI E COSTITUZIONALI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il contenuto della sentenza. – 3. I confini incerti dei concetti generici: la natura pubblica di un ente. – 4. La società C.O.N.I. Servizi. – 5. Il C.O.N.I. – 6. Conclusione.

#### 1. Premessa

Con la sentenza n. 6014/2012 il Consiglio di Stato, confermando la pronuncia di primo grado del Tar Lazio-Roma, sezione III-*quater*, n. 4826/2007, attribuisce la veste giuridica pubblica alla società C.O.N.I. Servizi<sup>1</sup> e ribadi-

<sup>1</sup> C.O.N.I. Servizi S.p.a. è stata istituita dall'art. 8, d.l. n. 138/2002, convertito in legge,

sce l'inserimento della stessa nel provvedimento ISTAT che individua le pubbliche amministrazioni comprese nel conto economico consolidato dello Stato.

La tematica vede convergere le particolarità proprie dell'ordinamento sportivo – e, in particolare, quelle attinenti alla struttura organizzativa di esso – nel più generale e storico dibattito relativo alla sottile linea di confine tra gli enti pubblici e gli enti privati. Peraltro, la sentenza riapre la questione della natura del C.O.N.I., considerato ente pubblico dalla legge, oltre che dalla prevalente dottrina e giurisprudenza<sup>2</sup>. Muovendo dalla classificazione che qualifica il Comitato come un ente pubblico associativo, saranno quindi evidenziate le criticità di tale categoria, alla luce, in particolare, del principio di democrazia e del principio pluralistico.

L'impatto tra il contenuto motivazionale della sentenza e i principi generali (e costituzionali) sull'ente pubblico farà emergere le contraddizioni e le complessità che tuttora caratterizzano il mondo dello sport, confermate e quindi non risolte dalla sentenza in esame.

## 2. Il contenuto della sentenza

Occorre anzitutto soffermarsi sulla questione all'esame del Collegio e sulla motivazione della decisione.

Avanti al Consiglio di Stato sono impugnate con molteplici atti di appello alcune pronunce di primo grado da parte dei soggetti soccombenti, tra cui l'Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT), i Ministeri del Lavoro e dell'Economia e la società C.O.N.I. Servizi. Le cause pongono problematiche comuni, attinenti all'indagine sulla natura pubblica o privata dei ricorrenti in primo grado, motivo per cui, preliminarmente, il Collegio dispone la riu-

con modificazioni, dall'art. 1, l. n. 178/2002, recante "Interventi urgenti in materia tributaria, di privatizzazioni, di contenimento della spesa farmaceutica e per il sostegno dell'economia anche nelle aree svantaggiate". In merito alla natura controversa di C.O.N.I. Servizi S.p.a. e in relazione a specifici aspetti di disciplina, si veda Trib. di Roma, 15 febbraio 2005; Cons. St., sez. IV, n. 3894/2011; C. conti, reg. Lazio, sez. giur., n. 120/2008.

<sup>2</sup> G. Morbidelli, *Gli enti nell'ordinamento sportivo*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. Cerulli Irelli e G. Morbidelli, Torino, Giappichelli, 1994, 171 ss.; B. Marchetti, *Lo sport. Diritto amministrativo speciale. Le funzioni di ordine. Le funzioni di benessere*, II ed. in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, 74 ss.; S. Cassese, *Sulla natura giuridica delle federazioni sportive e sull'applicazione ad esse della disciplina del parastato*, in *Riv. dir. sport.*, 1979, 117 ss.; S.N. Calzone, *Osservazioni sul CONI, le federazioni sportive nazionali e le società sportive alla luce del d.lgs. n. 242 del 1999*, in *Riv. dir. sport.*, 3-4/2000, 584 ss.

nione dei giudizi. La seguente trattazione, comunque, avrà a specifico oggetto la vicenda giuridica che coinvolge C.O.N.I. Servizi S.p.A.

Il presupposto della questione di merito è costituito dall'art. 1, c. 5, l. n. 311/2004<sup>3</sup>, nonché dall'art. 1, c. 3, l. n. 196/2009<sup>4</sup>. Ai sensi delle citate disposizioni, sono stati determinati precisi limiti alla spesa delle pubbliche amministrazioni inserite nel conto economico consolidato, al dichiarato fine di assicurare il conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica stabiliti nell'ambito dell'Unione Europea. La legge demanda l'individuazione dei soggetti pubblici sottoposti ai limiti predetti, per gli anni successivi al 2005<sup>5</sup>, a un provvedimento annualmente redatto dall'ISTAT, in sostituzione di quello predisposto dalla legge stessa.

In base all'assetto normativo anzidetto, l'Istituto ha inserito C.O.N.I. Servizi S.p.A., quale «Ente produttore di servizi assistenziali e culturali», nell'elenco 29 luglio 2005<sup>6</sup>. Al rigetto del ricorso di primo grado, avente a og-

<sup>3</sup> Recita l'art. 1, c. 5, l. n. 311/2004 (legge finanziaria 2005): «Al fine di assicurare il conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica stabiliti in sede di Unione europea, indicati nel Documento di programmazione economico-finanziaria e nelle relative note di aggiornamento, per il triennio 2005 – 2007 la spesa complessiva delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato, individuate per l'anno 2005 nell'elenco 1 allegato alla presente legge e per gli anni successivi dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) con proprio provvedimento pubblicato nella Gazzetta Ufficiale non oltre il 31 luglio di ogni anno, non può superare il limite del 2 per cento rispetto alle corrispondenti previsioni aggiornate del precedente anno, come risultanti dalla Relazione previsionale e programmatica».

<sup>4</sup> Recita l'art. 1, c. 2 e 3, l. n. 196/2009 (legge di contabilità e finanza pubblica): «Ai fini della applicazione delle disposizioni in materia di finanza pubblica, per amministrazioni pubbliche si intendono, per l'anno 2011, gli enti e i soggetti indicati a fini statistici nell'elenco oggetto del comunicato dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) in data 24 luglio 2010, pubblicato in pari data nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 171, nonché a decorrere dall'anno 2012 gli enti e i soggetti indicati a fini statistici dal predetto Istituto nell'elenco oggetto del comunicato del medesimo Istituto in data 30 settembre 2011, pubblicato in pari data nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 228 e successivi aggiornamenti ai sensi del comma 3 del presente articolo, effettuati sulla base delle definizioni di cui agli specifici regolamenti dell'Unione europea, le Autorità indipendenti e, comunque, le amministrazioni di cui all'art. 1, c. 2, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni. La ricognizione delle amministrazioni pubbliche di cui al comma 2 è operata annualmente dall'ISTAT con proprio provvedimento e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale entro il 30 settembre».

<sup>5</sup> Per quanto riguarda l'anno 2005, tuttavia, le amministrazioni pubbliche da inserire nel conto economico consolidato sono individuate dalla stessa legge n. 311/2004 e inserite all'interno dell'allegato n. 1 della medesima. Preme rilevare come nell'elenco determinato dal Legislatore non siano stati inclusi, neanche tra gli enti produttori di servizi culturali e assistenziali, né C.O.N.I. né C.O.N.I. Servizi S.p.A.

<sup>6</sup> Il contenuto del provvedimento 29 luglio 2005 è stato riprodotto negli anni successivi e, per quel che qui interessa, nell'elenco ISTAT del 28 luglio 2006.

getto – appunto – l’impugnazione di tale provvedimento, ha fatto seguito l’appello della società di Servizi.

L’argomentazione del Consiglio di Stato è strutturata in due parti.

Anzitutto, il Collegio valorizza e circoscrive, nell’ambito degli indici sintomatici della natura pubblica di un soggetto giuridico, quelli ritenuti rilevanti ai fini della presente controversia: controllo pubblico ed erogazione di risorse pubbliche<sup>7</sup>. La veste giuridica della società, pertanto, dovrebbe discendere dalla sussistenza dei predetti indici, riscontrati alla luce della disciplina legislativa di C.O.N.I. Servizi S.p.A.

In particolare, per quel che attiene al criterio dei finanziamenti pubblici<sup>8</sup>, il Collegio ne afferma la non autonoma rilevanza. Nella ricerca di indici di pubblicità ulteriori, viene quindi attribuito valore risolutivo all’esistenza del controllo pubblico; a tal fine, il Consiglio di Stato esamina i rapporti intercorrenti tra C.O.N.I. Servizi S.p.A. e alcuni «organi dello Stato»<sup>9</sup>, evidenziando una particolare struttura organizzativa sociale, nella quale coesistono i ruoli del Ministero dell’Economia e delle Finanze e del C.O.N.I., nonché la soggezione al controllo della Corte dei conti<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Il Consiglio di Stato osserva infatti come l’ISTAT abbia applicato, ai fini della compilazione dell’elenco impugnato, le regole classificatorie del sistema statistico comunitario e i requisiti di cui al Regolamento UE n. 223/96 – SEC95 (*Sistema europeo dei conti nazionali e regionali nella Comunità*), con particolare riferimento al settore Amministrazioni Pubbliche (S 13). Il sistema europeo ha infatti ricompreso nel predetto settore le «istituzioni senza scopo di lucro, dotate di personalità giuridica che agiscono da produttori di beni e servizi non destinati alla vendita, che sono controllate e finanziate in prevalenza da amministrazioni pubbliche» (par. 2.69), adottando pertanto tali criteri quali indici rivelatori della natura pubblica di un ente.

<sup>8</sup> Con riferimento a C.O.N.I. Servizi S.p.A., l’art.8, d.l. n. 138/2002 (convertito in legge, con modificazioni, dalla l. n. 178/2002), ai c. 2 e 3, dispone che «È costituita una società per azioni con la denominazione “CONI Servizi S.p.a.”. Il capitale sociale è stabilito in 1 milione di euro. Successivi apporti al capitale sociale sono stabiliti, tenuto conto del piano industriale della società, dal Ministro dell’economia e delle finanze, di intesa con il Ministro per i beni e le attività culturali». La società C.O.N.I. Servizi, quindi, può (ma non necessariamente deve) godere di successivi e ulteriori apporti finanziari pubblici.

<sup>9</sup> Il Consiglio di Stato, infatti, utilizza proprio l’espressione «controllo da parte di organi dello Stato», riferendosi al Ministero e al C.O.N.I.

<sup>10</sup> Recita infatti l’art. 8, c. 4, d.l. n. 138/2002 (convertito in legge, con modificazioni, dalla l. n. 178/2002): «Le azioni sono attribuite al Ministero dell’economia e delle finanze. Il presidente della società e gli altri componenti del consiglio di amministrazione sono designati dal CONI. Il presidente del collegio sindacale è designato dal Ministro dell’economia e delle finanze e gli altri componenti del medesimo collegio dal Ministro per i beni e le attività culturali. Al fine di garantire il coordinamento e la sinergia delle funzioni della società con quelle dell’ente, le rispettive cariche di vertice possono coincidere». Ai sensi del c. 10, sulla società si svolge il controllo della Corte dei conti, ex art. 12, l. n. 259/1958, controllo



Nella seconda parte della sentenza il Consiglio di Stato definisce la questione, lasciando a margine i criteri anzidetti e incentrandosi esclusivamente sulla ritenuta veste giuridica pubblica del C.O.N.I., quale circostanza dirimente<sup>11</sup>. La natura della società C.O.N.I. Servizi è ritenuta infatti direttamente conseguente all'appartenenza del C.O.N.I. al novero degli enti pubblici, tanto che gli ulteriori indici assumono importanza residuale.

### **3. I confini incerti dei concetti generici: la natura pubblica di un ente**

Un attento esame della sentenza rende necessario premettere che con essa il Consiglio di Stato contraddice l'assetto legislativo già descritto. La l. n. 311/2004 ha infatti conferito all'ISTAT la delega per l'individuazione annuale delle entità da ricondurre al conto consolidato dello Stato, secondo le indicazioni europee di contabilità<sup>12</sup> e «a prescindere dalla loro configurazione giuridica». La normativa non stabilisce quindi, ai fini della sua operatività, il limite della pubblicità dell'ente. Ciononostante, nell'argomentazione della decisione è posto in primo piano il riconoscimento della natura pubblica della società, motivato in gran parte dal legame funzionale tra la stessa e il C.O.N.I.

L'inserimento del Comitato nella sfera pubblicistica<sup>13</sup> e la relazione tra questo e C.O.N.I. Servizi S.p.A. determinerebbero pertanto una sorta di *ef-*

concernente «la gestione finanziaria degli enti pubblici ai quali l'amministrazione dello Stato o un'azienda autonoma statale contribuisce con apporto al patrimonio in capitale o servizi ovvero mediante concessione di garanzia finanziaria».

<sup>11</sup> Secondo il Consiglio di Stato infatti «(...) per la valenza pubblicistica dell'attività svolta, per la natura pubblica dei finanziamenti del C.O.N.I. (...) l'attività del C.O.N.I. si inserisce a pieno titolo nell'ambito dell'azione pubblica. Tale configurazione non risulta venuta meno neppure a seguito dell'entrata in vigore del d.l. n. 138 del 2002, in quanto l'art. 8 che ha disposto il riassetto del C.O.N.I. istituendo la C.O.N.I. Servizi S.p.a., non ha eliso né le finalità pubbliche perseguite né il carattere pubblico delle risorse impiegate a tal fine».

<sup>12</sup> Non a caso, la sentenza di primo grado impugnata dinanzi al Consiglio di Stato faceva espresso richiamo al Settore Amministrazioni Pubbliche (S13) del sistema comunitario, ritenendo che la società di Servizi rientrasse nella categoria degli organismi pubblici «che forniscono alla collettività beni e servizi non destinabili alla vendita» (Tar Lazio, sez. III-*quater*, n. 4826/2007).

<sup>13</sup> In merito alle riserve che parte della dottrina manifesta circa la qualificazione pubblicistica del C.O.N.I., *infra* par. 5. Giova sin da subito evidenziare come la questione si colleghi strettamente alle caratteristiche associative del Comitato e quindi alla controversa figura dell'ente pubblico associativo, su cui cfr. G. Rossi, *Enti pubblici associativi. Aspetti del rapporto tra gruppi sociali e pubblico potere*, Napoli, Jovene, 1979.

*fetto domino*, tale per cui la natura (pubblica) della società non risulta valutata nella sua individualità organizzativa e funzionale, ma è derivata in automatico.

L'analisi delle conclusioni decisionali del Collegio coinvolge e presuppone quindi profili di ordine sostanziale attinenti all'ente pubblico, categoria da qualche decennio attraversata da una profonda crisi<sup>14</sup>. L'emersione di soggetti ibridi, l'attenuazione del discrimine tra pubblico e privato e la rapidità evolutiva delle forme organizzative<sup>15</sup> hanno potenziato le incertezze, strutturali e di disciplina, che caratterizzano l'ente pubblico. Al disordine della realtà socio-giuridica ha fatto riscontro una proliferazione di impostazioni sui confini dell'istituto in questione<sup>16</sup>. Il baricentro della problematica, secondo alcuni orientamenti, si è così spostato verso il principio di atipicità<sup>17</sup>, a danno, come vedremo, dei principi costituzionali, oltre che delle esigenze di certezza qualificatoria.

La sentenza in esame si inserisce in tale contesto, giungendo a risultati contraddittori sulle base di argomenti opinabili. Merita anzitutto partire dall'esame dei criteri che il Consiglio di Stato ha individuato e analizzarne l'effettiva idoneità rispetto allo scopo.

Per quanto riguarda il finanziamento pubblico, l'inidoneità dello stesso ai fini della risoluzione della questione trova conferma nella pacifica diffusione del fenomeno anche nell'ambito degli enti privati<sup>18</sup>. Ferma, quindi, la

<sup>14</sup> A proposito della cosiddetta *fuga verso il privato*, G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo, Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, Giuffrè, 1995. Sull'atipicità degli enti pubblici, S. Cassese, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1962; G. Napolitano, *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Dir. amm.*, 4, 2003, 801 ss.; V. Caianello, *Gli enti pubblici tra norma giuridica e realtà sociale*, in *Dir. soc.*, 1992, 186 ss.

<sup>15</sup> C. Marzuoli, *Le privatizzazioni tra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 393 ss.; G. Leondini, *Associazioni private di interesse generale e libertà di associazione – profili costituzionalistici*, Padova, Cedam, 1998, 36 ss.; A. Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, Giappichelli, 2005; G. Napolitano, *Soggetti privati*, cit., 801 ss.; *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, a cura di G. Falcon e B. Marchetti, Padova, Cedam, 2013.

<sup>16</sup> Gli indirizzi più remoti riscontravano la pubblicità di un ente facendo utilizzo del criterio del fine, ormai caduto in desuetudine a fronte della circostanza che lo Stato e gli altri enti pubblici «non hanno più il monopolio dei fini di pubblico interesse», che possono essere perseguiti da soggetti privati, salvi i casi di riserva statale o divieto esplicito. Si veda F. Galgano, *Le associazioni, le fondazioni, i comitati*, Padova, Cedam, 1987; V. Caianello, *Gli enti pubblici*, cit., 218. Si veda altresì sul punto il dato legislativo di cui all'art. 1, l. n. 241/1990. Sulla non coincidenza tra fine pubblico e personalità giuridica pubblica, si veda C. cost., n. 40/1982.

<sup>17</sup> Per i riferimenti dottrinali sul punto, C. Marzuoli, *Le privatizzazioni*, cit., 393 ss.

<sup>18</sup> Si veda, anche per i riferimenti normativi, L. Ferrara, *Enti pubblici ed enti privati dopo*

necessità di accompagnare al criterio dei finanziamenti pubblici ulteriori indici di pubblicità, deve tuttavia rilevarsi come neanche il controllo pubblico sia di per sé solo determinante ai fini della qualificazione di un ente<sup>19</sup>. Anzitutto, è la stessa Carta costituzionale a prevedere la possibile sottoposizione delle attività private a un controllo pubblico<sup>20</sup>. Oltre ciò, ulteriori argomenti derivano proprio dall'ordinamento sportivo, atteso che il C.O.N.I. esercita ampi poteri di controllo anche nei confronti delle Federazioni, senza che ciò abbia ripercussioni sulla natura privata delle stesse<sup>21</sup>. Dal che si desume che la sottoposizione all'indirizzo di un ente pubblico (quale il C.O.N.I., secondo l'espressa attribuzione di legge) non può valere a determinare la natura pubblica di C.O.N.I. Servizi S.p.A. Anche il controllo esercitato da parte della Corte dei conti si presta alle medesime considerazioni<sup>22</sup>.

A ciò si aggiunga, quale ulteriore rilievo, che il riferimento del Collegio all'attività è indice di uno spostamento di prospettiva che non dovrebbe portare automaticamente ad affermare alcunché in ordine alla soggettività. Nel nostro sistema normativo, interessi pubblici possono essere realizzati da soggetti pubblici e da soggetti privati<sup>23</sup> e la natura giuridica di un ente non

*il caso IPAB: verso una rivalutazione del criterio sostanziale di distinzione?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 1990, 478, secondo cui «Il finanziamento sembra attenere ai profili di disciplina che accompagnano un ente [...] e non alla natura dello stesso e alla distinzione tra persone giuridiche pubbliche e private in sé considerate».

<sup>19</sup> In questo senso è l'orientamento prevalente e consolidato della giurisprudenza: cfr. Cons. St., sez. VI, n. 1664/1989; Cons. St., sez. VI, n. 137/1987; Cons. St., sez. V, n. 172/1988; Cass., sez. un., n. 194/1987. In dottrina, si veda, tra altri, E. Ferrari, *La Corte e la legge Crispi: il nome e la "effettiva natura" delle istituzioni (e della libertà) di assistenza*, in *Reg.*, 1988, 1331 ss.

<sup>20</sup> Si fa riferimento all'art. 41, terzo comma, Cost.

<sup>21</sup> Sulla relazione «non necessitata tra natura dell'indirizzo e natura dell'attività indirizzata», si veda L. Ferrara, *L'ordinamento sportivo: meno e più della libertà privata*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2007, 23 ss. La letteratura sulle Federazioni è copiosa. Si veda, per gli interventi più recenti, G. Di Giandomenico, *Sport e ordinamento giuridico*, in *Rass. dir. ec. sport*, 2-3, 2007, 346 ss.; A. Bucelli, *Le forme organizzative dello sport postmoderno*, in *Rass. dir. ec. sport*, 1, 2008, 114 ss.; L. Di Nella, *Le federazioni sportive dopo la riforma*, in *Riv. dir. sport*, 1, 2000, 53 ss.; Id., *Il fenomeno sportivo nell'unitarietà e sistematicità dell'ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. sport*, 1, 1999, 25 ss. Il dibattito sulla natura giuridica delle Federazioni e degli atti delle stesse ha visto schierarsi, anteriormente al d.lgs. n. 242/1999, l'orientamento privatistico e quello pubblicistico. Si veda S. Cassese, *Sulla natura giuridica delle Federazioni e sull'applicazione ad esse della disciplina del "parastato"*, in *Riv. dir. sport*, 1979, 117 ss.; A. Quaranta, *Sulla natura giuridica delle federazioni nazionali*, in *Riv. dir. sport*, 1986, 184 ss.; V. Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, II Ed., Torino, Giappichelli, 1998; G. Morbidelli, *Gli enti dell'ordinamento sportivo*, cit., 176.

<sup>22</sup> Cfr. C. cost., n. 466/1993, relativa alla permanenza del controllo della Corte dei conti sugli enti privatizzati.

<sup>23</sup> È sufficiente a tal proposito citare l'art. 1, c. 1-ter, l. n. 241/1990: «I soggetti privati

è più sufficiente ai fini dell'individuazione della disciplina a esso applicabile; l'attenzione è sempre più focalizzata sull'attività e non sulla soggettività degli enti<sup>24</sup>. Infine, non si può evitare di porre in risalto la differenza tra attività pubblica e attività "a valenza pubblicistica"<sup>25</sup>.

Gli indicati rilievi critici evidenziano le difficoltà derivanti dall'assenza di parametri legislativamente predeterminati per stabilire la natura pubblica o privata di un soggetto giuridico, con una consequenziale maggior incidenza della giurisprudenza sulla problematica<sup>26</sup>. Il perenne stato di incertezza che ne è derivato fa sì che singoli frammenti del problema acquistino impropriamente l'attitudine a risolvere l'intera questione principale, su di un piano fattuale ed effettuale, senza considerare la dimensione costituzionale dell'ente pubblico.

A tal proposito, parte della dottrina ha rilevato come tuttora la differenziazione tra pubblico e privato si presenti non solo vitale nella legge<sup>27</sup>, ma soprattutto necessaria dal punto di vista della Costituzione<sup>28</sup>, alla stregua dei principi di democrazia e di imparzialità.

preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge». Si veda G. Morbidelli, *Gli enti dell'ordinamento sportivo*, cit., 180, in relazione all'ambivalenza, pubblica e privata, dell'attività delle Federazioni, che secondo l'Autore ha le proprie origini nella crisi del concetto di ente pubblico. Si v. altresì F. De Leonardis, *Soggettività private e azione amministrativa*, Padova, Cedam, 2000.

<sup>24</sup> V. Domenichelli, *Diritto amministrativo e diritto privato: verso un diritto amministrativo "meno speciale" o un diritto privato "speciale"?*, in *Riv. trim. dir. amm.*, 1, 1999, 200 ss. Si veda altresì M. Renna, *Le società per azioni*, cit., 149 ss.

<sup>25</sup> Con riferimento all'attività "a valenza pubblicistica" delle Federazioni, L. Ferrara, *Federazione italiana pallavolo e palleggi di giurisdizione: l'autonomia dell'ordinamento sportivo fa da spettatore?*, in *Foro Amm./CdS*, 2004, 93 ss.

<sup>26</sup> Quali siano le conseguenze del ruolo sempre più incisivo della giurisprudenza sulla tematica della distinzione tra enti pubblici e privati, è facilmente intuibile. L'apporto giurisprudenziale è di tipo empirico, contingente, inadatto ad apportare definitività alla questione, oltre che frammentario; incrementa quindi l'indeterminatezza e la contraddittorietà della problematica.

<sup>27</sup> Si pensi ad alcuni articoli del codice civile (artt. 629; 828, c. 2; 830; 2221; 2458; 2459), oltre che alle disposizioni legislative che presuppongono una qualificazione pubblica soggettiva e tra cui, a mero titolo di esempio: l. n. 2006/1939; l. n. 360/1929; l. n. 654/1932; l. n. 996/1970. Si veda V. Cerulli Irelli, *"Ente pubblico": problemi di identificazione e disciplina applicabile*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. Cerulli Irelli e G. Morbidelli, Torino, Giappichelli, 1994, 84 ss.; esprime invece un punto di vista diametralmente opposto G. Napolitano, *Soggetti privati*, cit., 827.

<sup>28</sup> Il carattere sostanziale della distinzione tra enti pubblici ed enti privati emerge da C. cost., n. 396/1988. Sulla «vitalità della distinzione tra ente pubblico ed ente privato» e sulla

La caratteristica costituzionalmente più considerevole della sfera pubblica – e che deve quindi condurre l'interprete nell'esame della natura dei soggetti giuridici – è l'origine e la legittimazione democratica della sua organizzazione, a tutela del pubblico interesse e alla stregua dell'art. 97 Cost.: la legalità è misura dell'imparzialità e l'imparzialità, a sua volta, presuppone il principio di legalità<sup>29</sup>.

Non solo, quindi, deve ritenersi pubblico ciò che manifesta un legame, anche se indiretto, con la sovranità popolare, ma tutti gli enti qualificati come pubblici devono essere soggetti, in modo più o meno incisivo, agli organi politico-rappresentativi<sup>30</sup>. In tal modo si riesce a individuare un elemento di tipicità nella categoria dell'ente pubblico: la dipendenza dai pubblici poteri<sup>31</sup>. È pertanto necessario che la distinzione tra pubblico e privato sia nettamente individuata dal punto di vista (soggettivo) dell'organizzazione.

L'elemento verso cui l'interprete deve volgere lo sguardo non è quindi l'attività svolta, né le finalità perseguite, quanto piuttosto la *struttura* del soggetto della cui pubblicità si controverte, sotto due punti di vista complementari. Anzitutto, l'ente deve rispondere a requisiti di costituzione, configurazione e funzionamento equiparabili al complesso delle istituzioni pubbliche, alla stregua dei criteri costituzionali precedentemente richiamati. In

«necessità della sua preservazione», si veda L. Ferrara, *Il diritto amministrativo (e in particolare l'ente pubblico) sull'onda di Giampaolo Rossi*, in *Dir. soc.*, 2, 2006, 311 ss. Così anche G. Rossi, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000, nonché M. L. Schiavano, *Pubblico e privato negli enti pubblici associativi. Il caso della SLAE*, Padova, Cedam, 1997, 75.

<sup>29</sup> Così C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982, dove l'A. assume la Costituzione come fondamento della distinzione tra la sfera pubblica e quella privata. Si veda altresì A. Orsi Battaglini, "L'astratta e infeconda idea". *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicista (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quad. fior.*, 1988, 569 ss. Sul tema, si veda anche A. Cerri, *Imparzialità ed indirizzo politico nella pubblica amministrazione*, Padova, Cedam, 1973. Sugli effetti del riconoscimento della natura pubblica di un ente, si veda D.E.G. Trebastoni, *Identificazione degli enti pubblici e relativa disciplina*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), il quale rileva altresì l'importanza del criterio costituzionale e sostanziale individuato da C. cost. n. 396/1988. Sul rapporto tra principio di legalità e disciplina pubblicistica, si veda C. Marzuoli, *Per un diritto non amministrativo*, cit.; M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966; M. Nigro, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, 579 ss.

<sup>30</sup> L. Ferrara, *Enti pubblici ed enti privati dopo il caso IPAB: verso una rivalutazione del criterio sostanziale di distinzione?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 1990, 446 ss.; S. Bartole, *Le corporazioni pubbliche tra libertà di associazione e imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Giur. cost.*, 1975, 526 ss.

<sup>31</sup> C. Marzuoli, *Principio di legalità*, cit., 18 ss.; Id., *Le privatizzazioni*, cit., 424.

secondo luogo, rilevano le relazioni di dipendenza, funzionale e organizzativa, con l'ente politico di riferimento. Nel corso dell'analisi saranno evidenziate le discordanze della compagine societaria di C.O.N.I. Servizi rispetto al modello di ente pubblico appena delineato, nonostante i legami intercorrenti con il Comitato Olimpico Nazionale e il Ministero dell'Economia e delle Finanze<sup>32</sup>.

In conclusione, l'indagine sulla natura giuridica di C.O.N.I. Servizi S.p.A. ha origine da due presupposti inesatti nell'argomentazione del Collegio: l'automatica attribuzione della veste pubblica senza un'approfondita indagine sulle caratteristiche proprie della società e l'univoca attenzione alla soggettività pubblica del C.O.N.I., di per sé sola capace di attrarre anche quella della società medesima. Occorre approfondire singolarmente i due elementi riportati.

#### **4. La società C.O.N.I. Servizi**

La trattazione delle caratteristiche strutturali e organizzative di C.O.N.I. Servizi S.p.A. si divide nelle due prospettive complementari anzidette, attinenti da un lato ai profili di costituzione e funzionamento e, dall'altro, ai rapporti di interrelazione con determinati enti pubblici.

Presupposto fondante è tuttavia la previa analisi sulla sussistenza di una relazione di compatibilità tra il modello societario e l'eventuale attribuzione della veste pubblicistica, che conduce alla possibilità di configurare enti pubblici in forma societaria<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Le azioni della società sono attribuite al Ministero dell'economia e delle finanze, mentre la composizione del Consiglio di Amministrazione di C.O.N.I. Servizi S.p.A. è attribuita al C.O.N.I., ai sensi dell'art. 8, c. 4, d.l. n. 138/2002, cit. Al Ministero dell'economia e delle finanze è affidata la designazione del Collegio sindacale, organo di controllo e non di gestione. Sulla necessità dell'imparzialità nell'organizzazione amministrativa, si veda A. Cerri, *Imparzialità ed indirizzo politico*, cit., 187.

<sup>33</sup> A fronte del fenomeno delle privatizzazioni, la giurisprudenza amministrativa ha continuato a riconoscere la natura sostanzialmente pubblica delle S.p.A. derivate, in ciò favorendo il consolidamento di una concezione sostanziale di amministrazione pubblica o di soggetto pubblico. Sul tema delle società a partecipazione pubblica, si veda M.G. Roversi Monaco, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società: considerazioni critiche*, Torino, Giappichelli, 2004; M. Clarich, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. Guerrera, Torino, Giappichelli, 2010, 1 ss.; R. Chieppa, *Le società a capitale misto alla luce degli ultimi interventi normativi*, in *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 69 ss.; M. Cammelli e M. Dugato, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostan-*

Quest'ultima problematica, inizialmente originata dalla ritenuta inconciliabilità tra causa lucrativa (propria dello schema tipico delle società) e perseguimento di un pubblico interesse, vede la giurisprudenza ormai consolidata nel riconoscere la neutralità del modello societario rispetto alle finalità che con esso stesso si intende perseguire<sup>34</sup>. L'adozione di tale modalità organizzativa è determinante solo rispetto alla natura strutturale dell'ente e ciò rende ipoteticamente possibile la configurazione di una S.p.A. a natura pubblica<sup>35</sup>.

ziale, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. Cammelli e M. Dugato, Torino, Giappichelli, 2008, 1 ss.; M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, Giappichelli, 1997; R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; G. Grüner, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, Giappichelli, 2009. Tuttavia, non si può evitare di sottolineare la circostanza che C.O.N.I. Servizi sia nata originariamente come società per azioni, discostandosi quindi dal fenomeno degli enti pubblici privatizzati.

<sup>34</sup> Per una ricostruzione sulle diverse posizioni che si sono succedute, si veda F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2004. Dal punto di vista giurisprudenziale, si veda Cass., sez. un., n. 19667/2003; n. 7799/2005; Cons. St., n. 1885/2000; n. 1206/2001; n. 1303/2002; n. 5379/2010, in cui è espressamente indicato che «la veste societaria è neutra non essendo quindi di per sé incompatibile con il riconoscimento della natura di ente pubblico». Pertanto, lo schema societario sarebbe un mero modulo organizzativo, come confermato dal fatto che la legge prevede società senza scopo di lucro e che sia stata persino eliminata la mancanza dello scopo di lucro dalle cause di nullità della società. Occorre tuttavia rilevare come la giurisprudenza arrivi a tale conclusione mediante diverse interpretazioni. A mero titolo di esempio, si cita la sentenza del Cons. St. n. 1206/2001, che ha assegnato valore dirimente, ai fini della problematica in esame, al criterio teleologico. Il Collegio ha concluso per la natura pubblica di Poste Italiane S.p.a. indicando espressamente che «la semplice veste formale di spa [non è] idonea a trasformare la natura pubblicistica di soggetti che, in mano al controllo maggioritario dell'azionista pubblico, continuano a essere affidatari di rilevanti interessi pubblici». Sul tema, si veda M. Renna, *Le società per azioni*, cit., 24: «Ciò che appare senza dubbio constatabile è l'attuale enucleabilità di una nozione autonoma di società anonima quale nozione o modulo meramente strutturale, cui, di volta in volta, per volontà del legislatore o di soggetti privati e/o pubblici, venga giustapposta, nel momento genetico e costitutivo, una funzione sostanziale, ora privatistica, ora pubblicistica». Concorde sul punto anche G. Grüner, *Enti pubblici*, cit., 28 ss., che confuta da un lato la l'infettibilità dello scopo di lucro «in tutte le figure soggettive organizzate secondo lo schema della società per azioni», e dall'altro afferma che «lo stesso scopo di lucro non necessariamente costituisce un carattere ontologicamente estraneo alle figure soggettive pubbliche». Sulla neutralizzazione del modello societario in relazione alla strumentalità con l'ente pubblico di riferimento, si v. anche F. Goisis, *La strumentalità pubblicistica delle società a partecipazione pubblica: profili critici di diritto nazionale e implicazioni di riparto della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2011, 1351 ss.

<sup>35</sup> Si veda, anche per i riferimenti giurisprudenziali, M. Cammelli e M. Dugato, *Lo studio delle società*, cit., 4. A favore di tale orientamento, anche il rilevante dato legislativo di cui

L'attenzione dell'interprete, quindi, deve spingersi oltre la veste formale e analizzare la sussistenza, o meno, di uno speciale regime derogatorio caratterizzante le cosiddette società di diritto singolare o speciale<sup>36</sup>, osservando se le deviazioni dal modello codicistico rendano determinate strutture societarie incompatibili con la qualificazione privatistica.

In particolare, le anomalie strutturali e di funzionamento devono essere sintomatiche dello stretto legame tra la società e l'ente pubblico di riferimento; a tal fine, l'elemento determinante per l'attribuzione della veste pubblica è il riscontro sulla reale capacità del soggetto pubblico di incidere dall'esterno – quindi non mediante il normale funzionamento dei meccanismi societari – nell'attività della società<sup>37</sup>. Sembra quindi necessario qualcosa di ulteriore rispetto alla strumentalità dell'ente societario rispetto alle finalità istituzionali pubbliche<sup>38</sup>.

L'applicazione dei principi espressi al caso di specie rende non determinante porre in risalto la veste giuridica formale dell'appellante, inidonea di per sé sola a definirne la natura giuridica sostanziale. Fondamentale è piuttosto esaminare le caratteristiche di funzionamento della società, nonché gli eventuali vincoli esterni di dipendenza della stessa con gli enti pubblici di riferimento<sup>39</sup>.

all'art. 18, l. n. 887/1984, che espressamente definisce l'Age Control S.p.A. una società «con personalità giuridica di diritto pubblico».

<sup>36</sup> M. Cammelli, M. Dugato, *Lo studio delle società*, cit., 1, per cui «il diritto delle società pubbliche diviene, anziché il terreno del diritto comune, il campo dei diritti speciali e dei diritti singolari». Per la differenziazione tra società di diritto singolare, società di diritto speciale e società di mercato, si veda R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica*, cit., 67 ss.

<sup>37</sup> Si veda, anche per i riferimenti dottrinali, G. Grüner, *Enti pubblici*, cit., 41, nel senso del riconoscimento della natura pubblica a quelle società nelle quali l'ingerenza statale si manifesta in variazioni nell'organizzazione e nel funzionamento.

<sup>38</sup> M. Renna, *Le società per azioni*, cit., 114, per cui «La presenza del socio pubblico non basta ad alterare la natura della società partecipata». Tra gli elementi di principale distonia rispetto al modello civilistico, si annoverano la chiusura *ex lege* del capitale sociale ai privati, la definizione dell'interesse pubblico come unico oggetto sociale e l'attribuzione di rilevanti poteri di definizione delle politiche societarie all'ente pubblico azionista, con perdita di autonomia per l'organo amministrativo. Per uno studio approfondito sul governo societario da parte dell'ente territoriale, si veda R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica*, cit., 93 ss., per il quale la soddisfazione dell'interesse pubblico richiede che «sia riconosciuta all'ente la possibilità di un flusso costante sull'organo amministrativo della società per azioni».

<sup>39</sup> G. Rossi, *Diritto amministrativo*, cit., 252 ss., secondo cui nella «necessaria esistenza dell'ente alla stregua della valutazione compiuta dall'ente pubblico territoriale» risiede l'essenza stessa della soggettività pubblicistica. Sul punto, L. Ferrara, *Il diritto amministrativo*, cit., 322. Si v. altresì C. Marzuoli, *Le privatizzazioni*, cit., 425, secondo cui nelle regole che individuano il pubblico «la tipicità è da riportare a una posizione di dipendenza dai pubblici poteri».



## la natura giuridica di coni servizi s.p.a.

La struttura organizzativa e la disciplina della società in esame, formalmente appartenente al sistema civilistico, presentano caratteristiche particolari.

C.O.N.I. Servizi S.p.A. è stata istituita con l'art. 8, d.l. n. 138/2002, nell'ambito del riassetto del Comitato Olimpico Nazionale<sup>40</sup>. La società è succeduta al C.O.N.I. in tutti i rapporti attivi e passivi e ne ha acquisito il personale; i legami operativi (e finanziari) con il Comitato sono annualmente disciplinati da un contratto di servizio.

La vicenda istitutiva anzidetta, da inserire nel più ampio quadro della riorganizzazione sportiva, evidenzia come il d.l. n. 138/2002, non sopprimendo il C.O.N.I. quale «ente pubblico»<sup>41</sup>, ne abbia piuttosto facilitato l'esistenza e il funzionamento in virtù delle funzioni demandate a C.O.N.I. Servizi, società a esso strumentale<sup>42</sup>. Il testo legislativo prevede peraltro che il Comitato Olimpico Nazionale provveda alla nomina dei membri del consiglio di amministrazione della società medesima.

Per quel che riguarda le attività cui è preposta C.O.N.I. Servizi S.p.A., le stesse non costituiscono un numero chiuso, determinato dalla legge e non

<sup>40</sup> Dispone infatti l'art. 8, d.l. n. 138/2002, cit.: «L'ente pubblico Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI) si articola negli organi, anche periferici, previsti dal decreto legislativo 23 luglio 1999, n. 242. Per l'espletamento dei suoi compiti si avvale della società prevista dal comma 2. È costituita una società per azioni con la denominazione "CONI Servizi S.p.a.". Il capitale sociale è stabilito in 1 milione di euro. Successivi apporti al capitale sociale sono stabiliti, tenuto conto del piano industriale della società, dal Ministro dell'economia e delle finanze, di intesa con il Ministro per i beni e le attività culturali. Le azioni sono attribuite al Ministero dell'economia e delle finanze (...). I rapporti, anche finanziari, tra il CONI e la CONI Servizi spa sono disciplinati da un contratto di servizio annuale. La CONI Servizi spa può stipulare convenzioni anche con le regioni, le province autonome e gli enti locali. Il controllo della Corte dei conti sulla CONI Servizi spa si svolge con le modalità previste dall'articolo 12 della legge 21 marzo 1958, n. 259 (...). Il personale alle dipendenze dell'ente pubblico CONI è, dall'8 luglio 2002, alle dipendenze della CONI Servizi spa, la quale succede in tutti i rapporti attivi e passivi, compresi i rapporti di finanziamento con le banche, e nella titolarità dei beni facenti capo all'ente pubblico (...). La costituzione legislativa di C.O.N.I. Servizi S.p.a. evoca il tema delle cosiddette società legali, su cui si veda M. Renna, *Le società per azioni*, cit., 38 ss.

<sup>41</sup> La circostanza riveste importanza nella misura in cui non si tratta, in questo caso, di vera e propria privatizzazione, ma piuttosto della costituzione (*ex lege*) di una nuova società. Col termine *privatizzazioni* si intende infatti riferirsi al fenomeno che, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, ha interessato le più grandi imprese pubbliche (IRI, ENEL, ENI, INA), trasformate in società di capitali.

<sup>42</sup> Il nuovo assetto organizzativo valorizza la funzione di indirizzo, promozione e finanziamento dello sport da parte del Comitato Olimpico Nazionale, tanto che risulta definita la cesura tra le funzioni di politica istituzionale sportiva (demandate al C.O.N.I.) e le attività a queste strumentali (demandate alla società di Servizi).

modificabile, ma sono piuttosto suscettibili di ridefinizione annuale mediante lo strumento privatistico del contratto di servizio<sup>43</sup>. Quanto espresso dimostra anzitutto come la società di Servizi sia stata istituita per il perseguimento di obiettivi separati da quelli del Comitato Olimpico. Inoltre, difetta in C.O.N.I. Servizi S.p.A. uno scopo indisponibile prefissato con atto normativo e ciò si traduce nella possibilità per la società di individuare contrattualmente le proprie attività e finalità, senza indicazioni legislative, ma anzi mediante determinazioni autonome. Tale caratteristica si pone in antitesi rispetto all'obbligatorietà del perseguimento del fine, criterio individuato in passato a discriminare tra la soggettività pubblica e quella privata, secondo il quale l'imposizione legislativa di una precisa finalità da realizzare da parte di un ente ne rende cogente l'attività e pubblica la natura<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Il contratto di servizio stipulato tra C.O.N.I. e C.O.N.I. Servizi S.p.A. nel 2007 contiene un elenco delle attività della società, tra cui: «attività e servizi dedicati all'ente C.O.N.I., relativi al funzionamento degli uffici destinati all'attività istituzionale, alla realizzazione dei programmi di attività deliberati dalla Giunta Nazionale, al supporto logistico – organizzativo a favore del C.O.N.I. centrale; attività e servizi dedicati alle strutture territoriali dell'ente C.O.N.I., relativi al funzionamento degli uffici destinati all'attività istituzionale, alla realizzazione dei programmi di attività deliberate dalla Giunta Nazionale, con particolare riferimento allo sviluppo e diffusione dei nuovi Giochi della Gioventù e Gioco Sport, al supporto logistico organizzativo a favore del C.O.N.I. periferico; sviluppo per l'ente C.O.N.I. di progetti specifici (...); attività di valorizzazione e gestione amministrativa del marchio C.O.N.I. (...); servizi erogati alle Federazioni Sportive Nazionali relativi al supporto logistico-organizzativo delle proprie attività, prestazioni specifiche erogate a favore delle Federazioni (...); supporto alla gestione del personale delle Federazioni Sportive Nazionali (...); gestione di alcuni impianti sportivi finalizzati alla preparazione di alto livello e non (...); gestione di alcuni impianti sportivi con l'obiettivo di favorire lo sviluppo dell'attività sportiva di base (...); gestione delle attività della Scuola dello Sport e dell'Istituto di Scienza e Medicina dello Sport finalizzata all'erogazione di formazione, visite mediche e progetti scientifici a tariffe agevolate a favore delle Federazioni Sportive Nazionali (...)».

<sup>44</sup> Sul criterio dell'obbligatorietà del perseguimento del fine si veda V. Ottaviano, *Ente pubblico*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 964 ss. L'impostazione si pone in linea con il principio democratico, dal momento che la veste soggettiva pubblica viene fatta discendere dal legame tra l'attività di un soggetto e la legge. Il tema si interseca peraltro con quello della disponibilità da parte pubblica degli enti della cui veste giuridica si controverte. Si veda in proposito L. Ferrara, *Enti pubblici ed enti privati*, cit., 457 ss., anche per i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, nonché G. Grüner, *Enti pubblici*, cit., 42 e 49 ss., ove l'Autore fornisce una ricostruzione comprendente gli studi sul fenomeno delle società pubbliche, le pronunce giurisprudenziali e i principi costituzionali di libertà – autonomia di cui agli artt. 18, 39, 41 e 49 Cost., concludendo che «appare non irragionevole affermare che (...) deve essere riconosciuta natura giuridica pubblica alle società per azioni le quali, al contempo, siano direttamente o indirettamente istituite o costituite da norma di legge (...) e non possano autonomamente disporre della propria esistenza, ai sensi dell'art. 2484 comma 1, n. 6) c.c.».

## la natura giuridica di coni servizi s.p.a.

In conclusione, la costituzione della società C.O.N.I. Servizi soddisfa la necessità di garantire al C.O.N.I. determinate prestazioni, con lo svolgimento di attività stabilite in via autonoma e a fronte di un corrispettivo fissato nel contratto di servizio, periodicamente stipulato con il Comitato stesso.

Dal punto di vista strutturale, la compagine societaria di C.O.N.I. Servizi è disciplinata dalla legge. Ai sensi dell'art. 8, c. 4, d.l. n. 138/2000, l'unico azionista di C.O.N.I. Servizi S.p.A. è il Ministero dell'Economia e delle Finanze, che tuttavia esercita i propri poteri alla stregua di un qualsiasi azionista societario, senza una previa concertazione con altri enti in funzione di indirizzo. Difetta quindi nel caso di specie l'attribuzione legislativa, in capo a soggetti pubblici diversi da coloro che sono soci, di potestà il cui esercizio è destinato a produrre effetti sulle fondamentali determinazioni degli organi societari<sup>45</sup>. In particolare, la legge prevede in talune circostanze l'interazione tra il Ministero dell'Economia e delle Finanze e il Ministero dei beni e delle attività culturali<sup>46</sup>, ma trattasi di interventi che non incidono sulle determinazioni di gestione e funzionamento della vita societaria. Neanche la nomina dei componenti del collegio sindacale, ripartita tra i due Ministeri, può ritenersi determinante ai fini dell'accertamento sulla natura pubblici-

<sup>45</sup>Tale caratteristica funzionale è stata più volte riconosciuta come determinante ai fini dell'attribuzione della natura pubblica di società di diritto speciale. Si veda Cons. St. n. 1206/2001 e n. 1303/2002. Si veda anche Cons. St. n. 5241/2003, che attribuisce la natura pubblica al Gestore della rete di trasmissione nazionale in virtù della disciplina legislativa dell'ente in esame, secondo cui sono riconosciuti, a favore di soggetti pubblici non soci, poteri il cui esercizio consente di influire sulla gestione e sull'attività dell'ente societario. Si veda altresì l'art. 15, c. 2, l. n. 359/1992 e s.m.i., in forza della quale il Ministro del Tesoro, a cui è stata attribuita la titolarità delle azioni delle società derivanti dalla privatizzazione formale degli enti di gestione e degli altri enti economici, esercita i diritti dell'azionista secondo le direttive del Presidente del Consiglio dei Ministri, di intesa con il Ministro del bilancio e della programmazione economica e con il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato.

<sup>46</sup> Si fa in particolare riferimento ad alcune previsioni di cui all'art. 8, d.l. n. 138/2002, cit., tra cui: «Successivi apporti al capitale sociale sono stabiliti, tenuto conto del piano industriale della società, dal Ministro dell'economia e delle finanze, di intesa con il Ministro per i beni e le attività culturali»; «Il presidente del collegio sindacale è designato dal Ministro dell'economia e delle finanze e gli altri componenti del medesimo collegio dal Ministro per i beni e le attività culturali»; il Ministero dell'economia e delle finanze convoca la prima assemblea societaria «di intesa con il Ministro per i beni e le attività culturali»; «Entro tre mesi dalla prima assemblea, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, adottato di concerto con il Ministro per i beni e le attività culturali, sono designati uno o più soggetti di adeguata esperienza e qualificazione professionale per effettuare la stima del patrimonio sociale».

stica di C.O.N.I. Servizi S.p.A., trattandosi di un organo che esercita un (mero) controllo di legalità e di adeguatezza dell'organizzazione amministrativa e contabile della società.

Meritano di essere analizzati ulteriori elementi di estrema rilevanza. Anzitutto, viene in questione il riconoscimento legislativo, in capo al C.O.N.I., del potere di nomina dei componenti del consiglio di amministrazione della società di Servizi, quale possibile sintomo della rilevanza pubblicistica della società medesima. Questo tuttavia è un dato insufficiente ai fini dell'attribuzione della personalità giuridica di diritto pubblico<sup>47</sup>, dal momento che non comporta un'alterazione dei normali meccanismi di funzionamento del modello societario<sup>48</sup>. Il Comitato Olimpico, infatti, non incide unilateralmente nell'attività della società mediante poteri autoritativi e discrezionali. Oltretutto, la netta separazione tra l'assemblea dei soci, facente capo al Ministero unico azionista, e il consiglio di amministrazione, nominato invece da C.O.N.I. evidenzia come realmente i suddetti enti pubblici, lungi dal convergere nell'indirizzo e nel controllo della società, siano coinvolti in essa mediante le ordinarie modalità privatistiche.

Del resto, la società non risponde, nello svolgimento della propria attività, ad alcuna autorità di vigilanza esterna e non ha vincoli di rendiconto rispetto a terzi, salvo che si tratti del proprio azionista e in ogni caso con gli strumenti e le forme del codice civile.

Tutti gli elementi esposti, unitamente alla stipulazione periodica del contratto di servizio con il C.O.N.I., nel quale è determinato il corrispet-

<sup>47</sup> In ordine al potere di nomina e revoca da parte dell'ente pubblico-socio, previsto dall'art. 2449 c.c. quale ipotesi derogatoria, la dottrina si è divisa tra chi ha motivato tale facoltà con il riferimento alla natura pubblica e autoritativa del soggetto stesso. Altra dottrina, di stampo privatistico, ha invece ritenuto che tale rapporto si risolva entro la dinamica negoziale delineata dal codice civile. Le principali conseguenze ricadono sulla natura dell'atto di nomina/revoca. Si veda, per una dettagliata ricostruzione della diatriba, R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica*, cit., 155 ss., anche per i riferimenti bibliografici. La questione tuttavia non riguarda il caso di specie, ove la legge stessa (d.l. n. 138/2002) prevede la nomina da parte del C.O.N.I. dei componenti del consiglio di amministrazione, senza che tuttavia il Comitato medesimo sia socio di C.O.N.I. Servizi S.p.A. La disciplina in esame, quindi, si presenta differente rispetto al modello codicistico secondo il quale gli amministratori sono nominati dall'assemblea dei soci.

<sup>48</sup> Si veda sul punto L. Ferrara, *Enti pubblici ed enti privati*, cit., 484, secondo cui «non si può ritenere che dalla designazione pubblica degli amministratori derivi automaticamente una posizione di dipendenza dell'ente in cui essi operano rispetto allo Stato o agli altri enti o organi pubblici designanti». Sull'esistenza di società in mano pubblica non finalizzate all'erogazione di pubblici servizi o all'espletamento di una pubblica funzione, ma piuttosto volte all'esercizio – privatistico – di attività di impresa, si vedano le considerazioni di M. Renna, *Le società per azioni*, cit., 35 ss.

tivo per le prestazioni rese dalla società, evidenziano l'operatività, in essa, di principi e logiche economiche, concordanti con un'attività di produzione e vendita di servizi di natura commerciale. Oltre ciò – e soprattutto – la disciplina esaminata rende evidente l'autonomia di C.O.N.I. Servizi S.p.A. rispetto agli enti pubblici di riferimento.

## 5. Il C.O.N.I.

La trattazione svolta sui legami organizzativi tra la società appellante e gli enti pubblici di riferimento sarebbe di per sé risolutiva, sufficiente quindi a contrastare le conclusioni cui è pervenuto il Consiglio di Stato nella sentenza in esame.

Ciononostante, l'analisi della sentenza offre ulteriori spunti di riflessione.

Le criticità riscontrate nelle argomentazioni del Collegio in relazione alla natura della società di Servizi offrono infatti l'occasione per focalizzare l'attenzione anche sul C.O.N.I., ai fini di un ripensamento della collocazione pubblicistica dello stesso. Del resto, una siffatta riflessione è tanto più opportuna alla luce del contenuto motivazionale della decisione, incentrato sulla stretta relazione tra la società e il C.O.N.I. stesso.

Il Comitato Olimpico Nazionale Italiano, originariamente sorto come associazione privata, è divenuto ente pubblico con la l. 16 febbraio 1942, n. 426<sup>49</sup>, in seguito abrogata dal d.lgs. n. 242/1999 (a sua volta modificato dal d.lgs. n. 15/2004), con cui è stato disposto il riordino del Comitato stesso<sup>50</sup>. Ai sensi del predetto testo legislativo, al C.O.N.I. è espressamente attribuita la veste giuridica di diritto pubblico<sup>51</sup>, mentre le Federazioni sono definite

<sup>49</sup> Le radici corporative del C.O.N.I. risalgono proprio alla l. n. 426/1942, che lo istituì come ente pubblico alle dipendenze del partito fascista. Sulle caratteristiche e l'azione del C.O.N.I. ai sensi della l. n. 426/1942, si veda diffusamente L. Di Nella, *Il fenomeno sportivo*, cit., 54 ss. Con la l. n. 70/1975, il C.O.N.I. venne incluso nel c.d. parastato e, dunque, assimilato agli enti "strumentali" ed "ausiliari" dello Stato. All'origine dell'entificazione degli enti non statali è la volontà di operare un controllo sugli stessi, si veda F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2007, in particolare 139 ss.

<sup>50</sup> G. Napolitano, *La nuova disciplina dell'organizzazione sportiva italiana: prime considerazioni sul decreto legislativo 23 luglio 1999, n. 242, di "riordino" del C.O.N.I.*, in *Riv. dir. sport.*, 3, 1999, 617 ss.

<sup>51</sup> La natura pubblica del C.O.N.I. era unanimemente riconosciuta dalla dottrina e dalla giurisprudenza già anteriormente al D.lgs. n. 242 del 1999; senza contare l'espressa inclusione del Comitato, ai sensi della l. n. 70/1975, tra gli enti parastatali. Si veda G. Napoli-

associazioni con personalità giuridica di diritto privato<sup>52</sup>. È stata così compiuta una parziale privatizzazione del C.O.N.I.<sup>53</sup>.

Il Comitato è sottoposto agli indirizzi del C.I.O.<sup>54</sup>, organizzazione non governativa e per lo più ritenuta dotata di veste giuridica privatistica<sup>55</sup>.

tano, *La nuova disciplina dell'organizzazione*, cit., 625 ss.; G. Morbidelli, *Gli enti dell'ordinamento sportivo*, cit., 178 ss.

<sup>52</sup> La qualificazione privatistica delle Federazioni non ha tuttavia posto fine all'annoso dibattito che le vedeva protagoniste. La l. n. 426/1942 qualificava le Federazioni come *organi* del C.O.N.I.. Da ciò, la dottrina si era scissa tra chi riteneva che le Federazioni avessero natura pubblica, chi ne sosteneva la natura privata e chi infine appoggiava la tesi della doppia natura, con le relative conseguenze sugli atti dalle medesime adottati. Con il d.lgs. n. 242/1999 la problematica non viene risolta, attesa l'ambiguità del testo legislativo, che all'art. 15 fa riferimento, alla «valenza pubblicistica di specifiche tipologie di attività» svolte dalle Federazioni e individuate dallo Statuto del C.O.N.I. A ciò si aggiunge, inoltre, la disposizione di cui all'art. 23, c. 1-*bis*, dello Statuto del C.O.N.I., secondo cui «la valenza pubblicistica dell'attività non modifica l'ordinario regime di diritto privato dei singoli atti e delle situazioni giuridiche connesse». Sul punto, G. Morbidelli, *Gli enti dell'ordinamento sportivo*, cit., 184 ss.; G. Manfredi, *Le situazioni giuridiche soggettive*, cit.; L. Ferrara, *L'ordinamento sportivo e l'ordinamento statale si imparruccano di fronte alla Camera di conciliazione e arbitrato per lo sport*, in *Foro amm. CdS*, 4, 2005, 1233 ss.; L. Di Nella, *Il fenomeno sportivo*, cit., 68 ss. Con il d.lgs. n. 242/1999 il rilievo pubblicistico delle federazioni transita dal profilo soggettivo a quello oggettivo dell'attività svolta e degli interessi perseguiti, si veda G. Napolitano, *La nuova disciplina dell'organizzazione*, cit., 622.

<sup>53</sup> Il d.lgs. n. 242/1999 Melandri è stato emanato in virtù di una delega ex art. 11, c. 1, lett. b), l. n. 59/1997, con cui veniva affidato al Governo il compito di «riordinare gli enti pubblici nazionali operanti in settori diversi dalla assistenza e previdenza», imponendogli di perseguire «l'obiettivo di una complessiva riduzione dei costi amministrativi», attenendosi a vari principi, tra cui merita di segnalare quello della «trasformazione in associazioni o in persone giuridiche di diritto privato degli enti (...) per il cui funzionamento non è necessaria la personalità di diritto pubblico». Si veda L. Ferrara, *Federazione italiana pallavolo*, cit., 98.

<sup>54</sup> Art. 2, d.lgs. n. 242/1999. Sulle funzioni del C.I.O. e sui suoi rapporti con i C.N.O. si v. L. Di Nella, *Il fenomeno sportivo*, cit., 48 ss.

<sup>55</sup> Il C.I.O. è un'organizzazione non governativa di durata illimitata, al vertice del sistema olimpico, che è stata costituita sotto forma di associazione con personalità giuridica ai sensi del diritto civile svizzero (art. 15 Carta Olimpica). In merito alla composizione, alla funzione e alle attività del C.I.O., L. Casini, *Il diritto globale dello sport*, Milano, Giuffrè, 2010, in particolare 43 ss. Si veda altresì R. Sapienza, *Il Comitato Internazionale Olimpico*, in *Diritto internazionale dello sport*, a cura di E. Greppi e M. Vellano, Torino, Giappichelli, 2010. La dottrina si è interrogata in ordine all'eventuale natura di organismo internazionale del C.I.O., al fine dell'applicazione, ad esso, del diritto (internazionale) pubblico, giungendo per lo più a negarla. Sia la Carta Olimpica – atto costitutivo del regime olimpico. – che gli accordi che il Comitato stipula con gli Stati non sono di carattere internazionale, ma anzi sono dai più considerati atti di natura privata. Si veda sul punto, anche per i riferimenti bibliografici, L. Casini, *Il diritto globale*, cit., 56 ss., che parla di «regime privato globale», nonché R. Sapienza, *Il Comitato*, cit., 16, per cui «se esiste un vero e proprio *ius stipulandi* del C.I.O., i prodotti di

Parte della dottrina ha ritenuto che l'attribuzione della veste pubblica al C.O.N.I. trovi ragione nell'esigenza di una tutela rafforzata degli interessi del gruppo che costituisce la base associativa dell'ente stesso<sup>56</sup>. Secondo altra impostazione, la riconduzione del Comitato nell'ambito pubblicistico sarebbe finalizzata a inquadrare l'ordinamento sportivo entro quello statale<sup>57</sup>.

Di contro, la particolare struttura che caratterizza il C.O.N.I. ha dato origine e fondamento alle criticità sulla collocazione di esso nella sfera pubblicistica, avanzate da parte della dottrina.

Il Comitato è un ente federativo a base associativa: la confederazione delle federazioni nazionali. Dal momento che le associazioni sono soggetti di diritto privato, la base organizzativa del C.O.N.I. è evidentemente privatistica<sup>58</sup>.

I predetti rilievi sono sufficienti a far emergere le complessità della categoria dell'ente pubblico associativo, nel quale i soggetti facenti parte del corpo sociale sottostante, di cui sono esponenti, determinano direttamente, o attraverso rappresentanti eletti o delegati, le decisioni fondamentali dell'ente stesso<sup>59</sup>. L'ente pubblico associativo è pertanto esponenziale di gruppi sociali ed è caratterizzato dalla compresenza di un interesse categoriale e di un interesse generale<sup>60</sup>. Per quel che qui interessa, non può negarsi che l'at-

questo *jus stipulandi* difficilmente possono essere qualificati come veri e propri accordi internazionali».

<sup>56</sup> G. Rossi, *Enti pubblici associativi*, cit.

<sup>57</sup> M. Clarich, *La sentenza Bosnam: verso il tramonto degli ordinamenti giuridici sportivi?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 613 ss. Il tema dei rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento statale è assai noto e su di esso si è pronunciata la migliore dottrina. Solo alcuni Autori, tuttavia, hanno evidenziato le contraddizioni di un sistema in cui l'autonomia ordinamentale del settore sportivo coesiste con la veste pubblicistica degli enti che lo compongono. In proposito, G. Manfredi, *Le situazioni giuridiche soggettive delle associazioni di tifosi di calcio: interessi legittimi?*, in *Rass. dir. ec. sport*, 3, 2011, 517 ss.; L. Ferrara, *L'ordinamento sportivo*, cit., 30. Per l'incompatibilità tra il principio di imparzialità e la teoria degli ordinamenti giuridici, si veda A. Cerri, *Imparzialità ed indirizzo politico*, cit., 230 ss.

<sup>58</sup> Si veda S.N. Calzone, che parla, a proposito del Comitato, di una "figura poliedrica e complessa", in *Osservazioni sul CONI, le federazioni sportive nazionali e le società sportive alla luce del D.lgs. n. 242 del 1999*, *Riv. dir. sport.*, 3, 4, 2000, cit., 589; si veda altresì L. Ferrara, *L'ordinamento sportivo*, cit., 27 ss., che compie anche un'analisi della qualificazione pubblicistica di C.O.N.I. dal punto di vista delle finalità attribuite.

<sup>59</sup> G. Rossi, *Enti pubblici associativi*, cit., secondo cui la natura pubblica del CONI è strumento tramite cui giungere al rafforzamento degli interessi del gruppo. A riguardo si può solo osservare come la tutela rafforzata non possa coincidere con una posizione di privilegio, quale è quella derivante dall'attribuzione della veste pubblicistica. Si veda altresì M. Dell'Utri, *Potere e democrazia nei gruppi privati*, Napoli, Jovene, 2000.

<sup>60</sup> Il possibile conflitto tra l'interesse settoriale e quello generale è caratteristica comune

tività svolta dal C.O.N.I. sia (almeno in parte) di *rilievo pubblico*<sup>61</sup>, ma da ciò non discende in automatico la veste pubblica del Comitato stesso, essendo da tempo tramontato, per l'individuazione degli enti pubblici, il criterio del fine.

L'aspetto maggiormente problematico, comune al modello strutturale dell'ente associativo, è tuttavia dato dalla presenza di un elemento di diritto privato all'interno di uno schema formalmente pubblico. La base privatistica del C.O.N.I. fa sì che i gruppi sociali che lo compongono entrino a fare parte della sfera pubblica e ne provochino una profonda trasformazione, introducendo «elementi non riconducibili alla figura dello Stato/persona, portatore di interessi generali»<sup>62</sup>.

La dottrina ha evidenziato in particolare come i rischi di corporativizzazione dell'amministrazione pubblica e di «menomazione della sovranità dello Stato», già latenti nell'ibridismo tra pubblico e privato, siano ancor più stridente nel modello degli enti pubblici associativi<sup>63</sup>. È stato osservato come l'attribuzione della gestione di affari pubblici a enti o apparati i cui organi risultano – in tutto o in parte – formati da rappresentanti degli interessi direttamente coinvolti negli affari medesimi possa comportare estraniamento dell'azione amministrativa dall'indirizzo elaborato dagli organi investiti di potere decisionale secondo i principi democratici che reggono il nostro sistema politico<sup>64</sup>. La dispersione o pluralizzazione dei pubblici poteri<sup>65</sup> va a danno dei principi costituzionali di democrazia e di imparzialità, mentre la coincidenza tra sfera pubblica e principio democratico dovrebbe imporre la

di tutti gli enti pubblici associativi. Il dibattito dottrinale si è incentrato in larga misura sugli Ordini professionali, per i quali, sul punto, si veda A. Catelani, *Gli Ordini e i Collegi professionali nel diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 1976; F.A. Roversi Monaco, *Aspetti pubblicistici della organizzazione delle libere professioni*, in Aa.Vv., *La disciplina delle forme associative tra liberi professionisti nell'Ordinamento italiano*, a cura di C. Carinci, M. Persico, Bologna, Il Mulino, 1977.

<sup>61</sup> Ai sensi dell'art. 2, d.lgs. n. 242/1999 «L'ente cura l'organizzazione ed il potenziamento dello sport nazionale, ed in particolare la preparazione degli atleti e l'approntamento dei mezzi idonei per le Olimpiadi e per tutte le altre manifestazioni sportive nazionali o internazionali. Cura inoltre [...] l'adozione di misure di prevenzione e repressione dell'uso di sostanze che alterano le naturali prestazioni fisiche degli atleti nelle attività sportive, nonché la promozione della massima diffusione della pratica sportiva. (...) Il CONI, inoltre, assume e promuove le opportune iniziative contro ogni forma di discriminazione e di violenza nello sport».

<sup>62</sup> M.L. Schiavano, *Pubblico e privato negli enti pubblici associativi*, cit., 75.

<sup>63</sup> G. Gemma, *Costituzione ed associazioni: dalla libertà alla promozione*, Milano, Giuffrè, 1993, nonché S. Cassese, *Amministrazione pubblica e interessi in Italia*, in *Diritto e Società*, 1992 e S. Bartole, *Le corporazioni pubbliche*, cit.; M. Nigro, *Formazioni sociali*, cit., 591.

<sup>64</sup> S. Bartole, *Le corporazioni pubbliche*, cit., 535.

<sup>65</sup> S. Cassese, *Amministrazione pubblica e interessi in Italia*, in *Dir. soc.*, 1992, 223 ss.



riconduzione delle attività dei relativi enti alle sedi in cui è assicurata la ponderazione di tutti gli interessi in gioco<sup>66</sup>.

Quanto esaminato conduce a considerare un'ulteriore conseguenza, anch'essa da scongiurare alla luce dei principi costituzionali: nel modello dell'ente pubblico associativo, a un «interesse pubblico privatizzato»<sup>67</sup> fa da specchio un interesse settoriale *pubblicizzato*. L'interesse della categoria, ingabbiato nelle maglie della veste pubblica organizzativa, non può infatti trovare la realizzazione e la protezione che la Costituzione riconosce ai gruppi sociali. Si registrano sulla questione importanti pronunce della Corte costituzionale<sup>68</sup>, favorevoli a una visione separata dello Stato (e degli enti pubblici) rispetto alle espressioni organizzate della società, in linea con parte della dottrina<sup>69</sup>. Secondo tale impostazione, quindi, il potere dispositivo

<sup>66</sup> Così L. Ferrara, *Enti pubblici ed enti privati*, cit., 470; si v. altresì M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1966.

<sup>67</sup> Così L. Ferrara, *Il diritto amministrativo sull'onda di Giampaolo Rossi*, cit., 323: «L'individuazione dell'interesse pubblico è quindi rimessa al gruppo, non è più riconducibile alle istituzioni politiche e alle istituzioni amministrative ad esse collegate. L'interesse del gruppo si fa interesse pubblico. L'interesse pubblico è privatizzato». In questo senso anche S. Cassese, *Amministrazione pubblica*, cit. 236: «vi è la conquista dello Stato da parte di interessi privati, ma vi è anche la conquista di interessi privati da parte di poteri pubblici». Così anche M. Nigro, *Formazioni sociali*, cit., 595, che parla di «statalizzazione della società e socializzazione dello Stato». Si v. altresì, per una trattazione generale dei rapporti tra indirizzo politico e attività pubblico-amministrativa, A. Cerri, *Imparzialità ed indirizzo politico*, cit., 184.

<sup>68</sup> Si fa riferimento, soprattutto, a C. cost. n. 396/1988, con cui è stato dichiarato illegittimo l'art. 1, l. n. 6972/1890 e che, riconducendo le IPAB nell'ambito dell'ordinamento privatistico, ha posto il principio della necessaria privatizzazione delle iniziative originate dalla volontà privata, ai sensi dell'art. 2 Cost. È evidente l'assonanza con la problematica qui in esame, atteso che anche il C.O.N.I. è nato come ente privato. Parte della dottrina ha rinvenuto nella sentenza la definizione di un criterio sostanziale di distinzione tra enti pubblici e enti privati, si veda L. Ferrara, *Enti pubblici ed enti privati*, cit., 453, secondo cui «La Corte ha individuato nelle espressioni del pluralismo sociale i destinatari di un diritto di libertà che postula una condizione di autonomia garantita tramite le forme del diritto privato». Si veda altresì C. cost. n. 195/1987; n. 363/1990; n. 259/1990, nonché E. Ferrari, *La Corte e la legge Crispi*, cit., 1343 e V. Caianello, *Gli enti pubblici*, cit., 199. Su una problematica simile, si veda la differente posizione espressa da C. cost. n. 477/2002 che ha qualificato le Camere di Commercio come «enti pubblici locali dotati di autonomia funzionale», collocandoli nell'ambito dei poteri locali.

<sup>69</sup> La già citata C. cost. n. 396/1988, al punto n. 5 della motivazione, giustifica la riconduzione della IPAB entro la sfera privatistica in ragione del «principio del pluralismo sociale, che ispira nel suo complesso la Costituzione repubblicana». Non può, tuttavia, essere omissis l'orientamento opposto, secondo cui le formazioni sociali di cui all'art. 2 della Costituzione sono ricomprese nell'organizzazione pubblica. Si veda, per un'attenta disamina delle posizioni dottrinali indicate, L. Ferrara, *Enti pubblici ed enti privati*, cit., 453-454.

dello Stato sul C.O.N.I. (ma, potremmo dire, sugli enti pubblici associativi in generale) collocherebbe il Comitato Olimpico Nazionale al di fuori della tutela costituzionale che l'art. 2 della Carta fornisce al pluralismo delle formazioni sociali<sup>70</sup>. Con tutte le pericolose conseguenze che ne derivano sia per la sfera privata propria delle stesse formazioni sociali, sia per la sfera pubblica<sup>71</sup>.

In conclusione, l'orientamento riportato, pur se contrapposto al maggioritario indirizzo di stampo pubblicistico, conduce se non altro a riflettere sulla complessità e sulla poliedricità della tematica in esame. L'attribuzione della natura pubblica al C.O.N.I. (e alla società di servizi) mina la libertà, in primo luogo organizzativa, del gruppo, che invece dovrebbe rientrare appieno nella garanzia costituzionale dell'autonomia privata<sup>72</sup>. Senza contare che dell'ordinamento sportivo dovrebbero far parte tutte le realtà allo stesso riconducibili e non solo quelle appartenenti alla struttura organizzativa delle Federazioni e del C.O.N.I.<sup>73</sup>.

Nonostante la natura controversa della tematica, gli elementi esposti sono idonei quantomeno a ingenerare dubbi sulla collocazione del Comitato entro la sfera pubblica<sup>74</sup>.

## 6. Conclusione

Nella decisione in esame, il Consiglio di Stato segue un ragionamento induttivo, risalendo dal particolare (alcuni aspetti della disciplina della so-

<sup>70</sup> Per un'analisi del problema dal punto di vista del principio individualistico, per cui «il sociale [è] privato», A. Orsi Battaglini, *“L'astratta e infeconda idea”*, cit., 608. Si veda altresì G. Di Giandomenico, *Sport e ordinamento giuridico*, in *Le federazioni sportive nazionali tra sport e mercato*, Quaderni degli Annali dell'Università degli Studi del Molise, Napoli, ESI, 2006.

<sup>71</sup> U. Pototsching, *Prospettive del pluralismo sociale oggi: problemi istituzionali*, ne *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Atti del 50 corso di aggiornamento culturale dell'Università Cattolica, Milano, Pubblicazioni dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, 1980, 120 ss. Si veda altresì A. Bardusco, *Costituzione italiana ed enti pubblici*, in *Ente pubblico ed enti pubblici*, a cura di V. Cerulli Irelli, G. Morbidelli, Torino, Giappichelli, 1994, 122 ss.

<sup>72</sup> Così L. Ferrara, *Federazione italiana pallavolo*, cit., 103.

<sup>73</sup> M. Nigro, *Formazioni sociali*, cit., 592.

<sup>74</sup> Si veda infatti U. Pototsching, *Prospettive del pluralismo*, cit., 125: «Assicurare alle organizzazioni del pluralismo sociale un'effettiva libertà vuol dire – come prima cosa – riportare coraggiosamente e senza eccezioni tutte queste organizzazioni nell'ambito del diritto comune, evitando che si perpetui l'equivoco di una loro natura pubblica», nonché M.L. Schiavano, *Pubblico e privato*, cit., 123: «La struttura associativa di un soggetto è elemento di carattere sostanziale idoneo al riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato».

cietà appellante) al generale (la personalità giuridica pubblica) e utilizzando, quali indici di riconoscimento della natura giuridica di C.O.N.I. Servizi S.p.A., elementi che rappresenterebbero piuttosto le conseguenze derivanti dall'attribuzione della veste pubblica<sup>75</sup>. Predetta inversione logica evidenzia l'eccessivo empirismo della pronuncia, a scapito della dimensione costituzionale della problematica<sup>76</sup>.

Le criticità evidenziate sono da ricondursi in gran parte al mancato esame delle specifiche caratteristiche funzionali e organizzative di C.O.N.I. Servizi S.p.A. Il Consiglio di Stato si limita infatti a una rassegna approssimativa delle relazioni tra la società e gli enti pubblici di riferimento, senza accertare se nel caso di specie le deroghe alla normativa societaria codicistica siano di rilievo tale da poter effettivamente sostenere la ricostruzione in chiave pubblicistica. Lo strumento degli indici rivelatori cela infatti la propensione della giurisprudenza per l'attribuzione della veste pubblica a enti disciplinati da regole, organizzative e di funzionamento, derogatorie rispetto alla disciplina comune, senza che sia considerata l'ampia diffusione di regimi anomali nella legislazione speciale<sup>77</sup>.

Peraltro, il fatto che il Collegio imposti la sua argomentazione principalmente sul legame tra la società di Servizi e il C.O.N.I. permette di estendere alla prima i dubbi relativi alla collocazione pubblica del Comitato stesso. Questo profilo, che presuppone una disamina sugli aspetti critici della categoria dell'ente pubblico associativo, contribuisce a rendere ulteriormente controversa la soluzione decisionale adottata.

### *Abstract*

*In order to meet the European requirements concerning public finance, two legislative measures – laws no. 311 of 2004 and no. 196 of 2009 – have imposed spending limits on all the public administrations included in the consolidated income statement, and have entrusted the Italian Institute of Statistics (ISTAT) with the task to define the list of public entities that, from year to year, have to be subjected to*

<sup>75</sup> M. Renna, *Le società per azioni*, cit., 3, nonché G. Grüner, *Enti pubblici*, cit., 44, che alla critica relativa alla inversione logica tra presupposti e conseguenze aggiunge che gli indici rivelatori costituiscono un criterio eccessivamente empirico.

<sup>76</sup> V. Caianello, *Gli enti pubblici*, cit., 220, secondo cui sono da considerarsi persone giuridiche private tutti gli enti fuori che Stato, enti territoriali, politici e strumentali.

<sup>77</sup> Così G. Napolitano, *Soggetti privati*, cit., 818. Si veda altresì V. Caianello, *Gli enti pubblici*, cit., 218.

*those limitations. With the judgement no. 6014 of 2012, the Council of State held that the inclusion in the ISTAT list of a public-owned company – C.O.N.I. Servizi S.p.A. – is consistent with the substantive public nature of that entity. The decision of the Council of State provides an opportunity to reconsider the distinction between public and private entities and to detect the distinguishing features of public-owned companies. Moreover, by focusing on the organizational and functional relationship between the company (C.O.N.I. Servizi S.p.A) and the public entity controlling it (C.O.N.I.), the decision highlights how difficult is to ascertain the legal natures of ‘hybrid’ companies and how relevant are, in that context, the constitutional principles.*

## NOTIZIE SUGLI AUTORI

MONICA COCCONI è professore associato di diritto amministrativo presso il Dipartimento di ingegneria industriale dell'Università di Parma.

FULVIO CORTESE è ricercatore di istituzioni di diritto pubblico presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento. È abilitato alla prima fascia di docenza.

GIACINTO DELLA CANANEA è professore ordinario di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Economia diritto e istituzioni dell'Università di Roma Tor Vergata. È componente del Consiglio di presidenza della Corte dei conti.

MARCO MACCHIA è ricercatore di diritto amministrativo presso il Dipartimento di Scienze e tecnologie della formazione dell'Università di Roma Tor Vergata. È abilitato alla seconda fascia di docenza.

FRANCESCO MIDIRI è ricercatore di diritto amministrativo presso il Dipartimento Giuridico dell'Università Cattolica di Milano.

BENEDETTA VIVARELLI è dottoranda di ricerca in «Scienze giuridiche» presso l'Università di Firenze.

GIANLUCA ZARRO è dottore di ricerca in «Diritto romano e tradizione romanistica» presso l'Università di Napoli Federico II. È avvocato del Foro di Benevento.

Finito di stampare nel mese di giugno 2014  
dalla *Grafica elettronica* - Napoli